UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ET ECONOMIQUES

LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 10 novembre 1965

PAR

CLAUDE KLEIN
Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg

MEMBRES DU JURY :

Président : M. P. LAVIGNE, Professeur

Suffragants { M. J.-M. AUBY, Professeur
M. J.-C. GROSHENS, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1966

LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ET ECONOMIQUES

LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 10 novembre 1965

PAR

CLAUDE KLEIN
Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg

MEMBRES DU JURY :

président : M. P. LAVIGNE, Professeur

Suffragants { M. J.-M. AUBY, Professeur
M. J.-C. GROSHENS, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot, 20
PARIS

1966

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

« L'essentiel dans l'étude du Droit, c'est la recherche des conditions dans lesquelles se posent les problèmes juridiques. Voilà ce qui importe, beaucoup plus même que la solution qui prévaut momentanément à l'époque actuelle. »

Gaston JÈZE

(Préface à la 3e édition des « Principes généraux du droit administratif », p. 11.)

« De nouvelles formules pour qualifier des situations inchangées sont presque toujours des complications, presque jamais des explications. »

Henri BERTHÉLÉMY

(Préface à la 13e édition du Traité de droit administratif.)

INTRODUCTION

La domanialité publique est apparue longtemps comme le champ d'exercice favori des spéculations doctrinales. Ce phénomène n'avait rien d'anormal : la théorie du domaine public est, on le sait, une création de la Doctrine. Il fut une époque où presque tous les administrativistes ont fait leurs premières armes en s'essayant aux arabesques de cette théorie. Vers la fin du XIX[e] siècle les études sont nombreuses, mais de valeur fort inégale. L'entre-deux guerres sera la grande période des œuvres de théorie domaniale, une sorte d'« âge d'or » de la théorie du domaine. D'autre part, le domaine public se trouve très profondément atteint par les bouleversements économiques ainsi que par l'apparition de nouvelles techniques, en particulier de l'automobile. Le bel édifice auquel chaque génération depuis Proudhon (1) avait apporté sa contribution s'écroule peu à peu, du moins en apparence. La liste des grandes œuvres domaniales de cette époque est impressionnante (2). Au contraire, depuis la fin de la guerre, cette ardeur est retombée. D'une certaine manière, et par la

(1) Le « Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public » de Victor PROUDHON, ouvrage en 5 volumes, paru en 1833-34, est généralement considéré comme étant à l'origine de la théorie moderne du domaine public. Cependant, M. PELLOUX, dans sa thèse sur « la notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit » (Grenoble, 1932) a bien montré ce que cette affirmation avait d'erroné, la réflexion doctrinale moderne a commencé avant Proudhon, notamment avec un auteur comme Pardessus.

(2) Citons les travaux de : J.-J. CHEVALLIER (*La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie*, Thèse, Nancy, 1925) ; L. TROTABAS (*De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Thèse, Paris, 1924) ; M. WALINE (*Les mutations domaniales*, Thèse, Paris, 1925) ; R. PELLOUX, précité ; A. de LAUBADÈRE (*L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Thèse, Bordeaux, 1935) ; L. JANSSE (*Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Sirey, 1938) ; M. DUVERGER (*L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Thèse, Bordeaux, 1940) ; G. MAROGER (*L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942), ainsi que plusieurs notes, telles celles de M. CAPITANT sous Conseil d'Etat « Commune de Barran », 17 février 1932, D.P. 1933.3.49 ou de P.L. sous « Société des Autobus Antibois », 29 janvier 1932, S. 32.3.65.

force des choses, c'est la jurisprudence qui a pris le relais. A l'heure actuelle, en dehors de quelques très rares exceptions (3), il n'est pas exagéré de dire que pratiquement la doctrine ne s'intéresse au domaine public et à sa théorie qu'au hasard des décisions de jurisprudence (4). Il y a comme un mouvement général quelque peu hostile aux constructions doctrinales, c'est peut-être ce qui a permis à un éminent praticien d'écrire que la théorie du domaine public « pourrait sans inconvénient disparaître de notre droit », car elle lui apparaît « inutile, antijuridique, fantaisiste, compliquée, incomplète, tyrannique et contradictoire » (5).

Le moment nous semblait donc particulièrement bienvenu pour se pencher sur la théorie du domaine public. Après les grands bouleversements de notre droit administratif, en particulier sous l'influence des techniques dirigistes et interventionnistes, il convenait, nous semble-t-il, de tenter de faire le point en matière domaniale.

Nous avons choisi de le faire en nous arrêtant à un aspect particulier de la théorie du domaine public, à savoir celui de la police du domaine public.

Il apparaît, en effet, que le plus souvent, les discussions autour de la nature réelle du domaine public ne font que servir de toile de fond à une présentation correcte des pouvoirs de l'Administration sur le domaine public. D'un certain point de vue on peut même dire que la théorie du domaine public n'a d'intérêt que par rapport à la police qu'exercera l'administration sur ce domaine (ou par rapport à toute autre catégorie de droits à exercer sur le domaine public) (6).

(3) Citons l'article de M. de Laubadère : « Domanialité publique, propriété administrative et affectation » (R.D.P. 1950, pp. 5-28), de M. Auby : « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration » (E.D.C.E. 1958, pp. 35-57), de M. Claude Durand : « Désaffectation et déclassement des biens du domaine public » (R.D.P. 1956, pp. 233-273), de M. L. Siorat : « La notion d'affectation en matière domaniale » (R.D.P. 1958, pp. 866-917) ainsi que la thèse de M. Yves Lenoir : « La part de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs », Paris 1964, 258 pages.

(4) Parmi les décisions les plus importantes ayant donné lieu à d'abondants commentaires, il faut citer essentiellement : C.E. 5 mai 1944, « Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale », Rec. p. 126 (S. 1945.3.15, concl. Chenot, R.D.P. 1944, p. 236, note Jèze, Rec. Penant, 1947.1.101, note Waline, cf. aussi L.W.B.) ; « Sté Le Béton », 19 octobre 1956, p. 375 (D. 1956.681, concl. Long, J.C.P. 1957.II. 9765, note Blaevoët, A.J. 1956.II.472 et 488, concl. Long et chron. Fournier et Braibant, Revue Adm. 1956.617 et 1957.131, notes Liet-Veaux et Morice, cf. aussi L.W.B.) ; Dauphin, 11 mai 1959, p. 294 (D. 1959.314, concl. Mayras, J.C.P. 1959.II. 113, note de Lanversin, A.J. 1959.II.113 et 228, chron. Combarnous et Galabert et note Dufau) ; Berthier, 22 avril 1960, Rec. p. 264 (R.D.P. 1960.1213, concl. Henry, A.J. 1960.I.78 et 140, chron. Combarnous et Galabert, note Vergnaud).

(5) Henri Dementhon : « Traité du domaine de l'Etat », 6e éd., p. 42, n° 130.

(6) Un auteur est même allé jusqu'à faire de la police le critère même du domaine public (Raphaël Alibert, note au S. 1930.3.1, sous Cie des Trams. de Sète, C.E. 7 décembre 1928) : critère d'ailleurs unanimement rejeté par la doctrine, car il aboutit à une impasse totale : s'il y a domaine public là où il y a police, il n'y a police précisément que là où il y a domaine public...

En second lieu, en ce qui concerne cette police du domaine public elle-même, la doctrine débat depuis une cinquantaine d'années le problème de l'existence sur le domaine public d'une police spéciale dite police de la conservation du domaine public. Le problème n'a jamais été vraiment abordé de front. Il ne s'agit pas d'une simple querelle de mots : il y a un problème de forme qui tient à l'appellation (7) de cette « police » et un problème de fond qui tient à son existence. La plupart des auteurs esquivent la question (8).

Enfin, on constate depuis une cinquantaine d'années, la progression régulière d'une forme particulière de l'activité administrative, c'est celle de l'activité dite de gestion (9). Sur le domaine public, cette activité n'a fait son apparition que plus tardivement — pratiquement entre les deux guerres (10) — mais elle y a fait des progrès si spectaculaires depuis une dizaine d'années qu'elle pose jusqu'au problème de la survie d'une police : nous essaierons de mettre sur pied une vision d'ensemble de la police du domaine public, spécialement par rapport à cette dernière forme d'activité.

Notre étude sera essentiellement théorique. Il nous a semblé, en effet, que bien des solutions jurisprudentielles actuelles qui peuvent apparaître quelque peu curieuses, s'expliquent par une insuffisante analyse théorique, insuffisance où la doctrine a une certaine part, puisque comme nous l'avons vu, la doctrine s'est quelque peu désintéressée des études domaniales depuis une vingtaine d'années.

Comment, en effet, ne pas s'étonner de voir qu'il aura suffi d'un arrêt du Conseil d'Etat, pour que brusquement, les promenades publiques de France passent du domaine privé des communes à leur domaine public (11) et cela sans même qu'elles soient assimilées à des voies publiques, ce qui aurait été certainement une solution relativement logique et acceptable, défendable pour le moins. On aura été moins étonné de lire sous la plume de membres de la Haute Assemblée commentant cette décision, qu'il « existait en faveur de l'appartenance au domaine public de sérieuses raisons d'opportunité » (12). En l'espèce, ces considérations étaient d'ailleurs doubles et contradictoires, puisque d'une part on voulait inclure au domaine public et d'autre part, on ne voulait pas inclure dans la catégorie la

(7) En matière de domanialité publique, nous le verrons bien souvent au cours de notre étude, le choix des mots est important : bien des problèmes viennent d'ailleurs de ce que le vocabulaire est particulièrement fluctuant.

(8) Seul M. de Laubadère, dans sa thèse précitée, ainsi que dans son Traité (cf. 3e éd., Tome II, p. 164) l'aborde vraiment.

(9) Cf. HAURIOU : « La gestion administrative » (1899).

(10) C'est dans la note de P.L. précitée (S. 1932.3.65) que se trouve l'une des premières allusions à l'opposition sur le domaine public de l'activité de police et de celle de gestion : « police et gestion n'apparaissent plus comme des notions antinomiques mais comme des qualifications différentes d'une même activité », formule devenue célèbre, qui revenait finalement à nier la spécificité de la police.

(11) Berthier, 22 avril 1960, Rec. Lebon, p. 264, précité.

(12) Chronique de MM. Combarnous et Galabert, A.J. 1960.I.78.

plus « normale » c'est-à-dire dans les voies publiques (13). La jurisprudence a été amenée à se lancer dans des raisonnements et des distinctions de plus en plus subtils, dont nous verrons quelques exemples étonnants.

Au seuil de son étude sur « l'utilisation du domaine public par les particuliers », M. Trotabas écrit que « certains principes concernant le domaine public sont admis par tous. Il est donc possible par le biais de ces principes universellement admis d'aborder directement l'étude des utilisations du domaine, sans qu'il soit au préalable nécessaire de poser une doctrine de la domanialité » (14). Il nous est apparu que, malheureusement, si l'étude de la domanialité n'est pas un préalable nécessaire à l'étude des utilisations du domaine, il n'en va absolument pas de même en ce qui concerne l'étude de la police du domaine public : et cela précisément, parce que, comme nous l'avons déjà indiqué, la plupart des théories domaniales n'ont été forgées que pour servir de support à une théorie des pouvoirs de l'administration. C'est pourquoi, sans vouloir à tout prix « poser une doctrine de la domanialité », nous étudierons en premier lieu — assez rapidement — les grands principes de la domanialité, afin de préciser ce que nous entendons par domanialité publique et domaine public.

Nous nous arrêterons ensuite à la notion de police administrative, afin, tout comme précédemment, d'indiquer ce que nous entendons par « police ». Ces deux analyses théoriques constitueront notre première partie ainsi consacrée à l'analyse des concepts de base.

La deuxième partie étudiera les deux problèmes fondamentaux que nous avons évoqués, c'est-à-dire, en premier lieu le problème de la police de la conservation, et en second lieu le problème de la gestion du domaine public envisagé dans ses rapports avec la police.

La troisième partie enfin, sur la base des résultats acquis, essaiera de dresser une « Théorie générale de la police du domaine public » réintroduisant ainsi les acceptions les plus classiques de cette police, de manière à montrer l'unité profonde de cette théorie.

(13) Pour éviter de reconnaître les droits d'accès et de vue accordés aux riverains des voies publiques.

(14) *Op. cit.*, p. 2.

PREMIERE PARTIE

ANALYSE DES CONCEPTS DE BASE : DOMANIALITÉ PUBLIQUE ET POLICE ADMINISTRATIVE

TITRE PREMIER

LE DOMAINE PUBLIC

CHAPITRE PREMIER

A la recherche d'une définition du domaine public.

Il y a un mystère du domaine public. M. Capitant a parlé de la fascination qu'exerce le domaine sur les juristes et se demande s'il ne faut pas l'attribuer « au beau nom imprégné de latin de domaine » (1) ; M. Mestre, lui, est plus sceptique, il écrit en effet que : « Il n'est peut-être pas de théorie plus décevante pour le juriste que celle du domaine public », il va même jusqu'à parler du « désarroi » de la doctrine en cette matière ainsi que d' « inconsistance » et de « flottement de la pensée juridique dans une matière d'un intérêt capital », il se montre très sévère pour la doctrine puisqu'il écrit que : « A l'heure actuelle, c'est un fait que chacun des juristes qui cherche à creuser d'une manière tant soit peu personnelle la notion du domaine public, est conduit à proposer une théorie nouvelle après avoir ruiné celle de ses prédécesseurs. » (2). Notre propos n'étant pas l'étude de la domanialité publique en elle-même nous nous contenterons, après avoir rapidement examiné les différentes conceptions du domaine public, d'adopter une attitude minimale, faisant le

(1) Préface à l'ouvrage précité de Maroger.
(2) Préface à l'ouvrage précité de L. Jansse.

moins de place possible aux apports théoriques dans la définition même du domaine public. M. Pelloux a abondamment montré dans sa thèse déjà citée, que dans l'esprit des rédacteurs du petit code domanial que constitue la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 (texte qui sera repris sans modification sensible par les articles 538 et suivants du Code civil), jamais il n'avait été question d'un domaine public opposable à un domaine privé (3), or, on le sait, l'existence de cette distinction est le fondement même de la théorie moderne du domaine public. C'est en sollicitant le texte des articles 538 à 541 du Code civil que l'on est parvenu à en tirer une distinction que leurs auteurs n'avaient point imaginée, au point que lorsqu'on étudie les textes législatifs ou réglementaires du XIXe siècle, il faut tenir compte de la période à laquelle ils sont intervenus, avant 1850 le législateur n'a pas encore opéré la distinction moderne : c'est-à-dire qu'il aura fallu attendre une vingtaine d'années pour que l'influence de Proudhon soit devenue prédominante, la césure étant marquée par la loi du 16 juin 1851 sur la constitution de la propriété en Algérie (4).

Section I

L'ABSENCE DE DEFINITION LEGALE DU DOMAINE PUBLIC

§ 1. — Les carences du législateur.

Si le législateur a parfois expressément attribué la domanialité publique à certains biens, il ne s'est jamais vraiment risqué à une définition générale et abstraite. Le Code civil procède par voie d'énumération non limitative, la seule qualité d'ordre général qu'il requiert d'un bien pour qu'il fasse partie du domaine public, étant l'insusceptibilité de propriété privée. Or, en fait, de tels biens n'existent pas, les exemples donnés par le Code civil : chemins, routes et rues, fleuves et rivières, etc... ne sont pas probants puisqu'il existe des rues privées et que des rivières ou sections de rivières peuvent appartenir à des particuliers, contrairement à ce que soutenait Berthélémy en ces termes : « Personne n'aurait supposé qu'on pût avoir l'idée d'acheter une portion de la place publique, d'un port ou d'un fleuve » (5), en réalité, comme le dit M. Jansse : « Rien n'échappe à toute possibilité d'appropriation privée ... les rivages de la mer, les routes, les fleuves navigables sont parfaitement susceptibles d'être l'objet d'une propriété privée, même au profit des particuliers : la

(3) *Contra* Barckhausen : « Etude sur la théorie générale du domaine public », R.D.P. 1902, p. 401 et 1903, p. 31.

(4) Cf. Jansse, *op. cit.*, p. 106, n° 184 *sq.*

(5) Berthelemy, 10e éd., p. 425.

preuve en est qu'ils en sont l'objet dans certains pays, la preuve en est aussi qu'il faut les protéger contre les usurpations des tiers. » (6). On le voit, la seule tentative de définition générique du législateur n'est d'aucune utilité.

On pourrait d'ailleurs trouver un autre exemple de définition générique, c'est le critère traditionnel de la navigabilité ou de la flottabilité qui d'après le Code civil est attributif de domanialité pour les cours d'eau. Or ce critère a été progressivement abandonné par le législateur, en plusieurs étapes (7), cette évolution trouvant son épanouissement dans la loi 64-1245 du 16 décembre 1964, puisque, ainsi que l'écrit M. Drago : « Les articles 28 et suivants de la loi ne consacrent pas seulement un changement de terminologie ; ils ont surtout pour objet d'abandonner un critère matériel pour fonder la domanialité publique des cours d'eau sur un critère formel tiré de l'opération de classement. » (8). L'évolution ainsi achevée forme un cycle complet : on était parti, en effet, de la domanialité publique conséquence de la navigabilité ou de la flottabilité, ensuite l'étape intermédiaire, en deux temps (1910 et 1926) avait permis de rayer certains cours d'eau de la liste des cours d'eau navigables et flottables tout en les maintenant dans le domaine public, enfin, la loi du 16 décembre 1964 parachève l'ensemble en faisant de la domanialité et du classement l'opération de base et de la navigabilité un élément accessoire. Cette évolution est tout à fait caractéristique de l'attitude du législateur : elle témoigne de son incapacité (et peut-être plus exactement de l'impossibilité) à établir une définition générique du domaine public ou même de certaines de ses dépendances.

Il y a eu néanmoins certaines tentatives, à vrai dire déjà anciennes, du législateur ou du pouvoir réglementaire. En premier lieu, c'est la loi déjà citée du 16 juin 1851 sur la constitution de la propriété en Algérie, qui introduit la distinction du domaine public et du domaine privé. Ensuite l'article 1er d'un décret relatif à Madagascar, définissant ainsi le domaine public : « Le domaine public comprend les choses qui par leur nature ne sont pas susceptibles de propriété privée, ou qui par leur destination sont affectées à l'usage de tous ou à un service public. Il est inaliénable et imprescriptible. » Enfin, l'article 1er d'un arrêté du 15 janvier 1903 concernant l'Indochine est ainsi conçu : « Le domaine public en Indochine se compose de l'ensemble des choses qui ont pour destination d'être asservies à l'usage ou à la protection de tous et sur lesquelles la puissance publique exerce sa souveraineté » (9).

(6) Jansse, pp. 99-100, n° 174 ; cf. aussi sur ce point, Récy : « Traité du Domaine public » (1893), Tome 1er, p. 190.

(7) Ordonnance du 10 juillet 1835 (créant un tableau des cours d'eau domaniaux), Loi du 8 avril 1910 (article 128), Décret-loi du 28 décembre 1926.

(8) Drago, *Chronique générale de législation*, A.J. 1965.21.

(9) Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de ces lois coloniales qui ont été forgées dans des conditions très spéciales et en vue de buts très particuliers (notamment militaires).

Ce sont là des tentatives qui eussent pu être intéressantes, mais qui sont malheureusement restées sans lendemain.

A l'heure actuelle, le législateur se contente au plus d'attribuer à certaines catégories de biens la domanialité publique (ainsi p. ex. la loi n° 55-435 du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes dont l'article 2 dispose que « les autoroutes font partie du domaine public de l'Etat » ou encore la loi n° 63-1178 du 28 novembre 1963 relative au domaine public maritime qui incorpore au domaine public maritime d'une part le sol et le sous-sol de la mer territoriale et d'autre part les lais et relais futurs (10). Les dernières tentatives sont d'une part le texte de la Commission de Réforme du Code civil, d'autre part le Code du domaine de l'Etat, il convient de s'y arrêter quelque peu.

§ 2. — Le texte de la Commission de Réforme du Code civil.

Dans sa séance du 6 novembre 1947, la Commission de Réforme du Code civil a adopté le projet suivant :

1. « Sauf disposition contraire de la loi, les biens des collectivités administratives et des établissements publics ne sont compris dans le domaine public qu'à la condition :

— soit d'être mis ou laissés à la disposition directe du public usager ;

— soit d'être affectés à un service public, pourvu qu'en ce cas ils soient par nature ou par des aménagements particuliers, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier de ces services.

2. Les biens des collectivités administratives et des établissements publics affectés à un service public de caractère industriel ou commercial ne font pas, sauf dispositions contraires de la loi, partie du domaine public. »

Ce texte appelle une série de remarques. En premier lieu, on ne saurait soutenir que la simplicité soit le caractère dominant de ce texte, pourtant bref, œuvre de savants juristes. On remarquera aussi, qu'à deux reprises, le texte réserve l'hypothèse de dispositions contraires de la loi : cette réserve, fort sage, en dit long sur la quasi-impossibilité matérielle autant que logique d'une définition homogène et complète du domaine public.

Il s'agit là d'un texte qui est le produit de longues et savantes discussions, on pourrait presque dire de tractations et où l'on reconnaît l'influence de plusieurs auteurs et de plusieurs écoles. On y trouve en particulier le critère de Jèze, c'est-à-dire la domanialité des biens

(10) Cette intégration des lais et relais futurs est curieuse, puisque l'article 538 du Code civil avait déjà rangé les lais et relais de la mer dans le Code civil (sans préciser s'il s'agissait de lais et relais futurs) ; mais depuis Proudhon, la doctrine unanime, avait décidé qu'il s'agissait d'une « erreur » du Code !

qui jouent un rôle essentiel dans le service public (11), il est vrai que, ici, le texte est quelque peu raffiné, puisque l'on distingue entre le rôle essentiel et le rôle exclusif.

On remarquera enfin, de manière très générale, que l'ensemble du texte est rédigé comme si l'on voulait restreindre l'ensemble des bien domaniaux, considérés comme exorbitants. Cela est curieux, car si l'on se plaît généralement à souligner que depuis 1947 la jurisprudence a, *grosso modo*, adopté les critères proposés par la Commission de Réforme du Code civil, elle a très sensiblement étendu la domanialité publique. En particulier, la notion d'aménagement spécial a servi à accroître considérablement la domanialité publique, car le Conseil d'Etat a entendu de manière très souple cette notion d'aménagement spécial, qui dans le texte de 1947 semblait au contraire être prévue de manière à diminuer la domanialité (12). La notion d'aménagement spécial est devenue « conquérante », alors qu'on l'avait conçue comme un critère « réducteur » (13).

En définitive, le texte de la Commission de Réforme du Code civil paraît certainement intéressant, mais il s'agit d'un texte de théoriciens, dont on voit mal l'utilisation pratique.

§ 3. — Le Code du domaine de l'Etat.

Le Code du domaine de l'Etat a été promulgué par un décret n° 57-1336 du 28 décembre 1957 repris et considérablement modifié par un décret n° 62-6298 du 14 mars 1962. Il faut souligner, en premier lieu, que ce texte intéresse en réalité beaucoup plus le domaine privé que le domaine public, à peine un quart de l'ensemble est consacré au domaine public.

L'article L. 1 de ce Code dispose que « Le domaine national s'entend de tous les biens et droits mobiliers et immobiliers qui appartiennent à l'Etat... ». L'article L. 2 est ainsi conçu : « Ceux des biens visés à l'article précédent qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée sont considérés comme des dépendances du domaine public national. Les autres biens constituent le domaine privé. » Ce texte est d'un archaïsme dont on a du mal à saisir la raison. Pourquoi avoir repris cette vieille notion de domaine national de la loi

(11) Cf. par exemple, sa note sous Cour d'Assises de la Creuse, 29 avril 1910, « Chevillard et autres », R.D.P. 1911, pp. 307-315.

(12) C'est essentiellement le célèbre arrêt « Société Le Béton », du 19 octobre 1956, précité, ainsi que l'arrêt Dauphin du 11 mai 1959, précité, dans lequel le Conseil d'Etat a reconnu la domanialité publique de la célèbre Allée des Alyscamps d'Arles : « l'aménagement spécial » étant constitué en l'espèce par une chaîne posée sur deux bornes de pierre. Cf. aussi les observations de M. Dufau sous T. adm. de Lille, 28 juin 1961, sieur Godderis c/ Ville de Calais, A.J. 1962.II.238.

(13) Cf. Y. Lenoir, Thèse citée, p. 64. Cf. Pierre Sandevoir : « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », A.J.D.A. 1966, pp. 84-103.

des 22 novembre-1er décembre 1790 (14) qui avait été complètement oubliée et qui, s'ajoutant à celle de domaine public et de domaine privé, ne peut qu'augmenter une confusion déjà assez évidente.

Mais l'article L. 2 paraît bien plus condamnable encore. Il s'agit là d'un retour pur et simple aux principes du Code civil, et plus particulièrement à l'article 538. La domanialité semble fondée sur un seul critère : l'insusceptibilité de propriété privée, mais celle-ci peut, dans le système du Code du domaine de l'Etat avoir deux causes : d'une part elle peut provenir de la nature du bien considéré, d'autre part elle peut provenir de la destination de ce bien. Nous avons déjà insisté sur cette idée d'insusceptibilité de propriété privée et, à la suite de l'ensemble de la doctrine, nous avons conclu que cette idée était indéfendable (15).

On ne voit pas non plus l'intérêt de la distinction entre l'insusceptibilité de propriété privée par nature et par destination, il s'agit là de deux notions très étroitement imbriquées l'une dans l'autre : la nature d'un bien détermine en effet sa destination et la destination d'un bien en modifie la nature (il s'agit bien sûr de la nature juridique, la seule qui puisse nous concerner).

Le Code du domaine de l'Etat est, on le voit, parfaitement inutilisable en ce qui concerne la détermination des biens du domaine public (16).

Il faut enfin signaler l'existence d'autres codes domaniaux, dont le plus important est le Code du domaine public fluvial (anciennement Code des voies navigables et de la navigation intérieure : le changement de nom a été opéré par la loi précitée du 16 décembre 1964) et de la navigation intérieure promulguée le 13 octobre 1956 (17). Le Code des ports maritimes est lui aussi intéressant (18).

A ce jour, on le voit, une définition du domaine public en droit positif n'a pas été réalisée et rien ne permet de penser qu'elle le soit bientôt. Il ne s'agit de rien moins, en effet, que de trouver une définition cohérente, par le genre prochain et la différence spécifique, permettant de rassembler sous une même étiquette, un ensemble de biens qui n'ont rien de commun entre eux ... sinon précisément d'être soumis à un certain régime appelé domanialité publique. Il convient, avant de proposer une base de travail, de faire un rapide tour d'horizon dans l'éventail des solutions qui ont été avancées.

(14) « Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelle, soit qu'elle en ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de réversion ou autrement. »

(15) Cf. *supra*, p. 7 et Coquet : « Le domaine public colonial », Thèse Poitiers, 1905, pp. 136-141, Hauriou, 11e édition, p. 640 *sq.*

(16) Cf. Y. Lenoir, *op. cit.*, p. 78.

(17) *J.O.* 1956, p. 9875, modifié par les articles 28 et sq de la loi du 16 décembre 1964, *J.O.* 1964, p. 11258.

(18) Promulgué par le décret 56-231 du 27 mars 1956, *J.O.* 1956, p. 3066.

Section II

TENTATIVES DOCTRINALES DE SYSTEMATISATION

Lorsqu'elle qualifie un bien par rapport à la domanialité publique, la jurisprudence utilise le plus souvent l'expression « biens qui peuvent être considérés comme des dépendances du domaine public ». Cette expression est très caractéristique. Elle signifie, en effet, que tel bien est considéré comme étant soumis à un régime spécial appelé domanialité publique. Mais il s'agit là uniquement, bien entendu, de considérations purement juridiques, en réalité, le bien ne se trouve pas affecté dans sa nature même par la domanialité publique à laquelle on le rattache : rien ne ressemble plus à un bien du domaine public qu'un bien qui n'en fait pas partie (19).

Le domaine public apparaît donc comme étant l'ensemble des biens frappés de domanialité publique, tel sera le seul lien juridique entre tous ces biens. Il faut donc commencer par distinguer soigneusement deux ordres de préoccupations : en premier lieu, on se demande quels sont les biens du domaine public, ce qui revient à rechercher le critère de la domanialité publique ; en second lieu, on étudie le contenu de ce régime particulier. Le titre même de l'ouvrage maintes fois cité de L. Jansse exprime bien cette distinction : « Les traits principaux du régime des biens du domaine public. »

Notre étude est, elle, consacrée à l'un des aspects du régime du domaine public, à savoir celui de la police exercée par l'administration sur le domaine public. Il ne nous appartient pas de chercher une nouvelle théorie du domaine public, c'est-à-dire un critère de la domanialité, mais face aux nombreuses théories qui ont été proposées depuis le milieu du XIX^e^ siècle, il nous suffira de prendre une position minimale, c'est-à-dire la plus simple possible, mais aussi la plus juridique, la moins contestable, en d'autres termes celle qui fait le moins appel au raisonnement. Cette démarche est certainement moins exaltante que celle qui consiste à proposer une théorie nou-

(19) Il n'est peut-être pas inintéressant de donner quelques exemples tirés de la jurisprudence pour montrer le caractère quelque peu artificiel de la distinction :

Le logement d'une cité ouvrière de la S.N.C.F. ne fait pas partie du domaine public (S.N.C.F. c/ Giraud, 21 décembre 1956, p. 492) mais le logement du sous-chef de gare fait partie du domaine public, parce que situé dans l'enceinte de la gare (S.N.C.F. c/ Brunet, 11 décembre 1957) ; une place publique, selon les circonstances, fait partie (C.E. dame Ferret, 30 mai 1962, Rec. p. 358) ou ne fait pas partie du domaine public (Godderis c/Ville de Calais, 28 juin 1961, T. adm. de Lille, précité).

Le tribunal administratif de Paris a même décidé (sol. implicite) que seul le sous-sol et le rez-de-chaussée de l'immeuble abritant la gare du Luxembourg, à Paris, faisait partie du domaine public ! ! (S.N.C.F. c/ Brisdoux, T. adm. de Paris, 30 novembre 1954, A.J. 1955.II, n° 231, p. 269, note P. Sillard).

velle, si brillante puisse-t-elle être, mais elle a au moins l'avantage d'être plus utilisable en pratique, et surtout de ne pas compliquer outre mesure, nos raisonnements futurs sur la police du domaine public.

§ 1. — Les principales théories du domaine public.

Dans sa thèse déjà citée, E. Coquet, étudiant les principales théories du domaine public, distinguait entre les définitions du domaine public d'après le régime, d'après la nature, d'après la destination, d'après la raison d'être, pour proposer en dernier lieu une définition dite rationnelle (20). Nous reprendrons purement et simplement cette classification des définitions du domaine public, car elle nous paraît fort claire et encore utilisable à l'heure actuelle.

A. — La théorie du régime : elle ne trouve plus de partisans à l'heure actuelle. Elle consiste, au fond, à dire que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, caractéristiques fondamentales du régime de la domanialité publique, permettent seules de distinguer les biens du domaine public, des biens du domaine privé. Cette théorie, à laquelle celle de Raphaël Alibert précitée (21) s'apparente, n'est pas utilisable, car seuls les biens du domaine public sont précisément inaliénables et imprescriptibles.

B. — La théorie de la nature du bien : c'est la théorie classique, celle du Code civil, celle de Ducrocq (22), celle de Berthélémy et celle du Code du domaine de l'Etat. Nous avons déjà indiqué nos objections à cette théorie qui ne trouve plus de partisans à l'heure actuelle, sauf précisément chez le législateur ! On se bornera simplement à signaler une différence entre la manière d'exposer cette théorie de Ducrocq et celle de Berthélémy. Pour Ducrocq, en effet, tout le raisonnement est construit sur le Code civil, c'est-à-dire sur ses articles 538 à 541. Pour Berthélémy, le Code civil ne sert pas de fondement exclusif à la domanialité publique, c'est sur le raisonnement qu'il faut appuyer la raison d'être de la domanialité, en particulier sur le fait pourtant contestable « qu'on ne concevrait pas de vouloir acheter des parcelles du domaine public », car leur nature (rues et places publiques) ne le permet pas.

C. — La théorie de la destination ou de l'affectation : celle-ci nous retiendra plus longuement, car, sous diverses formes, il s'agit en fait de la doctrine dominante à l'heure actuelle, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

(20) E. Coquet, *op. cit.*, pp. 135-164.

(21) Cf. *supra*, note 6.

(22) Cf. le Tome IV du « Cours de droit administratif et financier de Th. Ducrocq (7e édition).

Dans cette théorie, le domaine public se compose de l'ensemble des biens affectés soit à l'usage public (on a parfois préféré dire à l'usage *du* public), soit à un service public dans l'hypothèse où le bien joue dès lors un rôle essentiel dans ce service public (G. Jèze précité). En leur donnant leurs très éminentes cautions, Hauriou et Duguit ont définitivement consacré l'adoption de ce critère (23). Cette théorie de l'affectation a été considérablement modifiée et « raffinée », sous l'influence d'un certain nombre de travaux, notamment ceux de MM. Capitant, Duverger et Maroger et tout récemment de M. Lenoir (24). Chez M. Capitant, puis chez M. Maroger, l'affectation prendra une ampleur démesurée jusqu'à supprimer complètement l'utilité de la notion de domanialité publique. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne sont dès lors plus que des notions relatives qui n'ont de sens que par rapport à l'affectation. Pour G. Maroger, « c'est dans l'idée d'une affectation juridiquement organisée des biens des patrimoines administratifs à une utilité publique que doit être cherché le fondement de l'application à un bien d'un régime juridique spécial, exorbitant du droit commun » (25) ; reprenant la distinction entre affectation à l'usage (du) public et affectation aux services publics, G. Maroger propose d'appeler la première « domanialité publique » et la seconde « domanialité administrative » (26).

Le dernier état de la théorie de l'affectation est, nous l'avons indiqué, le texte de la Commission de Réforme du Code civil, dont l'intérêt essentiel réside dans le fait qu'il inspire en grande partie la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'affectation étant combinée avec la notion d'aménagement spécial (27). L'importance de la théorie de l'affectation, sous toutes ses formes, dans le droit positif actuel, nous conduira à consacrer un paragraphe à sa critique, mais auparavant, il nous reste à examiner les derniers groupes de théorie du domaine public, tels qu'ils apparaissaient notamment dans la classification de Coquet.

D. — Il s'agit de la domanialité publique d'après la *raison d'être* que l'on peut étudier en même temps que la théorie proposée par

(23) Duguit : « Traité de Droit constitutionnel », 3e éd., Tome III, pp. 344-405. Hauriou : « Précis de Droit administratif », 11e éd., p. 660.

(24) René Capitant, note précitée sous « Commune de Barran », D.P. 1933.3. 49 : c'est certainement l'auteur qui est allé le plus loin dans l'extension à donner à la théorie de l'affectation. M. Duverger, Thèse précitée. G. Maroger, *op. cit.* Y. Lenoir, Thèse citée. Cependant pour M. Lenoir le rôle de l'affectation est beaucoup plus large encore et ne se réduit pas à un critère de distinction entre domaine public et privé, mais représente (p. 11) le fondement de tous les régimes de domanialité. C'est pourquoi nous ne pourrons dans ce cadre, approfondir la notion d'affectation chez M. Lenoir qui d'ailleurs, conserve la domanialité publique sur la base de l'irremplaçabilité.

(25) G. Maroger, p. 527.

(26) G. Maroger, p. 528. Cf. aussi M. Duverger, p. 246 sq qui préfère parler de « domanialité publique complète » et de « domanialité restreinte ».

(27) *Supra*, p. 9. Cf. aussi la synthèse de MM. Long, Weil et Braibant dans leur commentaire sous l'arrêt « Société Le Béton ».

Coquet lui-même ou *théorie rationnelle*. La théorie de « la raison d'être » s'exprime ainsi : on classera dans le domaine public les biens qui doivent y être par nécessité sociale, « l'inutilité est le critère incontestable du déclassement » (28), mais Coquet va plus loin que l'utilité publique. Si la domanialité accorde l'indisponibilité à certains biens il ne faudra accorder la domanialité qu'à ceux dont la conservation en nature est nécessaire : pratiquement, il s'agira des biens qui ne peuvent pas être remplacés. L'irremplaçabilité devient ainsi le critère essentiel de la domanialité, à laquelle il faut encore ajouter deux autres conditions, que le bien soit d'utilité publique et que seule la puissance publique puisse en assurer la conservation (29). Cette théorie a été, par la suite, reprise et développée par M. Waline, dans sa thèse, dans les différentes éditions de son Traité et dans diverses notes de jurisprudence (30).

Nous ferons la critique de cette théorie en même temps que celle de la théorie de l'affectation : il est clair, en effet, qu'elle n'est qu'une modalité particulière de celle-ci : « Il va de soi, en effet, que si un bien est irremplaçable, c'est parce qu'il est affecté à un besoin vital de la Société. » (31).

§ 2. — Critique de la théorie dominante (théorie de l'affectation).

En premier lieu, il nous paraît y avoir autour de la notion d'affectation une ambiguïté fondamentale que L. Jansse relève ainsi : « L'affectation n'est qu'une explication, la meilleure possible, mais non la seule. »

C'est que lorsqu'on parle d'affectation, on joue sur un double sens ; d'une part, on pense à l'affectation de fait d'un bien à l'usage du public, d'autre part, on veut parler de l'affectation formelle, conçue à l'époque moderne, comme un acte important et parfois solennel, en tout cas explicite (32).

Ce changement de sens et d'organisation de la procédure administrative d'affectation a entraîné une autre conséquence, sur le plan juridique. A l'origine, l'affectation d'un immeuble à un service public n'était pas considérée comme un acte juridique, mais comme une simple mesure d'ordre intérieur, guère susceptible de conséquences juridiques (33). Rapidement, cependant, l'acte devient administratif

(28) Coquet, p. 151.

(29) Coquet, pp. 157-164.

(30) « Les mutations domaniales », Thèse, Paris, 1925, p. 45 sq. Traité de Droit administratif, 8e éd., p. 856. Note sous « Etat Français c/ Brun », Cour d'appel de Nîmes, 5 décembre 1944, D. 1946, p. 28.

(31) G. Maroger, p. 481.

(32) Cf. Jansse, p. 141 sq. G. Maroger, p. 44 sq parle du principe moderne de l'affectation formelle, par rapport au principe ancien de l'affectation tacite.

(33) Jansse, p. 91.

en la forme, puis l'opération de classement qui avait été à l'origine l'acte le plus important, *du moins pour ceux des biens dont la domanialité n'est pas prévue par une loi (Code civil) ; il se produit donc* une sorte de contraction, là où à l'origine il fallait deux actes, un seul sera suffisant, ce phénomène s'expliquant par un souci d'efficacité et surtout de rapidité, de la part de fonctionnaires pas toujours au fait des subtilités juridiques. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs paru encourager parfois cette tendance, puisqu'il lui est arrivé de reconnaître que la seule volonté de vendre un bien du domaine public (inaliénable avant déclassement) équivalait à son déclassement (34).

Ce phénomène explique certainement que dans bien des cas le Conseil d'Etat n'exige même plus d'affectation formelle spécialement dans le cas de la voirie, car ici, il existe un texte générique qui classe les voies publiques dans le domaine public, le seul rôle du juge est ici de constater si le bien en question est effectivement utilisé comme rue ou chemin public (la jurisprudence a réduit au minimum les formalités pour ces biens classés génériquement dans le domaine public par un texte législatif) (35).

L'optique nouvelle de l'affectation ne permet pas de faire une distinction très nette avec la notion voisine de classement. La différence est-elle qualitative ou quantitative ? La question mérite d'être posée. En effet, si comme nous venons de le voir, à l'origine, l'affectation n'est qu'une question de fait, c'est le classement qui représente l'acte formel d'entrée dans le domaine public, la différence entre les deux procédures est alors radicale : mais, progressivement, l'affectation suffira, dans les cas les plus nombreux, pour faire entrer un bien dans le domaine public, en même temps, d'ailleurs, que cette affectation devient formelle : la différence entre affectation et classement s'estompe, elle n'est plus que *quantitative* : le classement représente quelque chose de plus solennel : il est parfois opéré par la loi elle-même. Mais la différence se situe également à un autre niveau : le classement est exigé pour certains biens, l'affectation suffit pour d'autres (36). La terminologie devient de plus en plus incertaine : le plus souvent, le législateur préfère parler de classement et

(34) Jansse, p. 52 : il est vrai que ces cas sont limités, car le plus souvent le déclassement exige l'intervention d'autorités administratives différentes de celles compétentes pour désaffectation. Dans son article précité, M. Durand (R.D.P. 1956, pp. 233-273) montre bien cette absence du souci de la forme et ce phénomène spontané de contraction : il cite un décret du 27 septembre 1949 qui prévoit que le simple procès-verbal de remise d'un bien du domaine public à l'administration des Domaines équivaut à son déclassement ! Ce décret ne fait en somme qu'entériner un siècle de pratique administrative.

(35) Cf. la note de M. Dufau sous Godderis c/Ville de Calais précitée qui constate qu'en matière de voirie le classement n'est plus exigé (ne l'a jamais été) par la jurisprudence, mais ne semble pas en voir cette raison fondamentale. Voir les remarques très nuancées de M. Lenoir, p. 13 sq (*op. cit.*).

(36) Sur tous ces points, cf. Siorat, art. cité, R.D.P. 1958, p. 866 et Durand, art. cité, R.D.P. 1956, p. 233.

de déclassement (37) alors que les textes réglementaires parlent, eux, d'affectation et de désaffectation.

On peut affirmer que, dans la plupart des cas, lorsque l'affectation (au sens formel) suffit pour attribuer la domanialité, c'est qu'elle représente le classement ou que le classement a déjà été opéré de manière générique.

La théorie de l'affectation, base de la domanialité publique, peut donc bénéficier de ce fait que depuis un siècle environ l'opération traditionnelle du classement s'est peu à peu réduite à celle de l'affectation, mais d'une affectation formelle. En d'autres termes, la théorie de l'affectation n'est pas d'une très grande utilité, pour la raison bien simple qu'il faut toujours continuer à rechercher l'acte formel, à moins qu'il n'y ait un classement générique. La jurisprudence semble l'avoir compris, puisqu'elle se refuse à baser sa nouvelle manière d'envisager la domanialité publique sur la seule affectation, mais qu'elle combine cette affectation — surtout lorsqu'il s'agit d'une affectation non formelle —avec la notion d'aménagement spécial, entendue il est vrai de manière extrêmement large. Cela explique d'ailleurs la distinction introduite par MM. Duverger et Maroger entre la domanialité restreinte (administrative) et la domanialité publique (complète) : en effet, dans le cas de l'affectation d'immeubles, la seule différence réelle avec l'affectation d'autres catégories de biens susceptibles de domanialité publique, c'est que le classement n'y est pas sous-entendu. Cela explique la différence que MM. Duverger et Maroger ont pensé devoir introduire quant aux effets juridiques. Cela est d'autant plus frappant que M. Duverger explique très clairement que par domanialité restreinte, il faut entendre que la domanialité joue à *l'intérieur de l'administration* (c'est la vieille idée de l'affectation conçue comme mesure d'ordre intérieur administrative), mais n'est pas opposable aux tiers (38).

Il n'est donc pas possible d'admettre l'idée d'affectation comme support de la domanialité, tout au plus peut-on parler de l'opération juridique d'affectation, c'est-à-dire à la limite de quelque chose qui ressemble étrangement au classement. L'affectation à l'usage public *sert d'explication* à la domanialité publique, non de justification juridique.

Nous constatons ainsi l'échec des grandes théories du domaine public : peut-être la vérité doit-elle être beaucoup plus modeste et se trouver non dans une explication théorique, mais dans une explication juridique *stricto sensu ?*

(37) C'est le cas par exemple, du Code du domaine public fluvial en ses articles 2-1 et 4 (nouveaux).

(38) Sur l'histoire des procédures d'affectation au XIX[e] siècle, spécialement en ce qui concerne l'affectation des immeubles, cf. DUCROCQ, *op. cit.*, Tome IV, p. 104 sq.

CHAPITRE II

Notion juridique de la domanialité publique.

Certes, nous venons, selon le processus que rappelait M. Mestre dans sa préface à l'ouvrage de L. Jansse, de ruiner les théories de nos prédécesseurs, pour autant, nous essaierons d'échapper à la deuxième partie de la proposition et éviterons-nous de chercher à édifier un nouveau système de la domanialité. Nous nous contenterons d'une systématisation minimale.

Après quoi, sans songer à remettre en cause la notion de propriété du domaine public aujourd'hui communément admise, nous essaierons cependant de dégager la profonde ambiguïté de ce principe, ambiguïté, qui doit en conditionner une utilisation prudente.

Section I

LES CRITERES D'UNE DOMANIALITE PUBLIQUE MINIMALE

§ 1. — L'hypothèse de départ.

L'idée — nous y avons déjà fait allusion — est qu'il faut avant tout distinguer entre *domaine public*, c'est-à-dire ensemble de biens faisant partie du domaine public et *domanialité publique*, c'est-a-dire le régime qui s'applique à ces biens. Le problème dès lors est de savoir quel est le critère d'applicabilité de ce régime spécial, essentiellement exorbitant du droit commun, à un ensemble de biens.

Il faut donc retenir en premier lieu ce fait que ce régime de la domanialité publique est un régime *exorbitant*, par conséquent un régime qui doit s'appliquer dans un nombre de cas minima.

Quelle est l'origine de ce régime ? Incontestablement elle n'est et ne saurait d'ailleurs être que législative. On ne conçoit pas un tel régime comme ayant une origine purement administrative. Certes, on a pu discuter le point de savoir si le législateur de 1790 puis celui du Code civil ont vraiment eu l'intention de créer un tel régime exorbitant du droit commun et en particulier s'ils ont entendu lui reconnaître certains traits particuliers, tels l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, il n'empêche qu'ils ont parlé d'un régime des biens de l'Etat et des collectivités locales, et que de toutes manières, le législateur a, par la suite, sans la définir cependant, expressément repris à son compte, la distinction fondamentale entre le domaine public et le domaine privé qui est, on le sait, à l'origine de la théorie moderne du domaine public, si elle ne la constitue pas pour l'essentiel.

Il convient aussi de lever toute équivoque quant à la distinction entre un domaine public naturel et un domaine public artificiel. Ainsi, Ducrocq (1) soutient que la domanialité publique ne résulte pas tant de l'affectation ou du classement (en ce qui concerne tout au moins le domaine public dit naturel) que de la nature des choses. Il tire notamment argument du fait que le plus souvent, les actes reconnaissant la domanialité publique sont déclaratifs et non attributifs de domanialité. Cela est bien certain, mais on répondra que pour cette catégorie de biens, il y a un texte générique qui crée et attribue la domanialité publique et qui est l'article 538 du Code civil. Maroger n'aura aucune peine à établir que tous les régimes juridiques et plus spécialement encore les régimes exceptionnels, par exemple la domanialité publique, puisent leur origine dans la volonté du législateur (2). Il en résulte que toute définition cohérente de la domanialité doit faire appel à une détermination juridique, toute autre définition n'est qu'un retour déguisé à la domanialité par nature : Maroger, d'ailleurs, ne le concevait pas différemment puisqu'il faisait de l'affectation une opération formelle.

Il reste évidemment à se demander si cette manière de voir n'aboutit pas en réalité à restreindre inconsidérément le domaine public, c'est ce que nous examinerons en essayant d'avoir une vision d'ensemble de la domanialité par détermination et plus exactement par détermination législative.

§ 2. — Domanialité publique et détermination législative.

Il faut en premier lieu rappeler la position de M. Jansse qui est très proche de la nôtre. M. Jansse écrit qu'il n'y a qu'un « facteur possible pour l'application de ce régime exorbitant du droit com-

(1) Ducrocq, *op. cit.*, p. 96 : il est d'ailleurs obligé de reconnaître que l'article 540 du Code civil en rangeant expressément les « portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses » dans le domaine public commet une exception formelle !

(2) Maroger, p. 61.

mun : c'est la volonté du législateur intervenant dans un but d'utilité publique » (3). Là encore, il faut considérer que le but d'utilité publique ne peut être admis que comme principe explicatif, non comme fondement juridique de l'intervention du législateur. D'autre part, selon M. Jansse, il ne faut considérer que les seuls textes intervenus après 1850, car auparavant le législateur ne distingue pas très clairement entre le domaine public et le domaine de l'Etat (4). On remarquera que prise au pied de la lettre cette remarque aboutirait purement et simplement à écarter le texte de base, c'est-à-dire le Code civil. Certes, le Code civil « confond » peut-être des notions que nous distinguons pleinement aujourd'hui, néanmoins le texte est parfaitement clair et aboutit à soumettre certains biens à un régime spécial.

Il nous apparaît donc que le seul critère valable de la domanialité publique est la détermination législative, ou éventuellement réglementaire, par « subdélégation » de la loi.

Pratiquement, cela se traduira par une détermination expresse, c'est-à-dire par voie de classement ou d'affectation formelle équivalant à un classement.

A. — Le classement : on assiste depuis quelques années à une sorte de retour en force du classement, tant en législation qu'en réglementation ou en jurisprudence, traduisant peut-être l'abandon des stériles constructions de la doctrine. Nous avons déjà cité l'exemple du Code du domaine public fluvial, cet exemple n'est pas le seul : l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur la voirie communale prévoit aussi la mise en œuvre de la procédure du classement sur une très large échelle.

Mais c'est surtout la *jurisprudence* qui semble remettre à l'honneur la nécessité de cette opération en insistant sur la nécessité du déclassement préalable à la sortie du domaine public.

B. — Le déclassement : Il y aurait là une contradiction assez grave : d'une part la jurisprudence semblerait restreindre la nécessité du classement, d'autre part, elle exige un déclassement à la sortie du domaine public (5). Or cette contradiction n'est en réalité qu'apparente : en réalité, il y a là un renforcement de la nécessité du classement : la différence s'explique simplement par ce que nous disions plus haut : à savoir qu'il y a eu une sorte de « contraction » entre l'affectation formelle et le classement, « contraction » qui ne subsiste plus à la sortie du domaine public. En d'autres termes, pour prendre l'exemple le plus courant : il suffit qu'une rue soit affectée à la circulation (et il suffit même le plus souvent d'une

(3) Jansse, *op. cit.*, p. 105, n° 182.
(4) P. 106, n° 184.
(5) Cf. Conseil d'Etat, 9 mai 1958, Delort, A.J. 1958.II.331, concl. Laurent. Consorts Pinse, 12 juin 1963, Rec. p. 357. Hild, 1er octobre 1958, Rec. p. 463 ; également l'affaire Marrot, 20 juin 1930, D.P. 1931.3.31, concl. Rivet.

affectation de fait) pour qu'elle fasse partie du domaine public, car l'article 538 du Code civil classe les rues — à la charge de l'Etat ou des communes — dans le domaine public (ce qui permet d'exclure les voies privées) : mais la désaffectation — formelle ou de fait — de la rue ne suffit pas à la faire sortir du domaine public, elle suffira simplement à la faire supprimer des voies de communications, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences juridiques, en particulier en ce qui concerne les riverains et leurs droits, mais la parcelle, même désaffectée, continuera à faire partie du domaine public et, par exemple, à être inaliénable : il faudra un déclassement formel pour la sortie du domaine public. Il semble qu'il y ait parfois dans la jurisprudence une certaine confusion entre la domanialité publique des voies publiques et la domanialité des autres biens.

C. — L'arrêt Berthier et les conclusions du commissaire du gouvernement Henry (6) : on sait que dans cette affaire il s'agissait d'une promenade publique. Comme l'indique le commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat se trouvait devant trois possibilités :

— ne pas reconnaître la domanialité publique ;

— reconnaître la domanialité publique en assimilant la promenade publique à une voie publique ;

— reconnaître la domanialité publique, sans assimiler à une voie publique.

Sur les suggestions du commissaire du gouvernement Henry, le Conseil d'Etat a retenu la dernière de ces trois possibilités. C'est précisément celle qui nous paraît la plus contestable. On pouvait certainement adopter la première possibilité, au surplus, il s'agit de la solution traditionnelle (7). On pouvait également admettre la seconde qui semblait peut-être la plus logique. Quel a été le raisonnement utilisé pour arriver à la troisième solution ? Il est très intéressant car il nous semble bien témoigner d'une certaine confusion. Le commissaire du gouvernement Henry insiste, en effet, sur le fait que l'absence de classement n'est certainement pas de nature à écarter *a priori* la domanialité de la promenade en question : « Peu importe l'absence de *classement exprès* dans le domaine public. Le principe de la nécessité du classement supporte, surtout lorsqu'il s'agit d'un domaine public autre que celui de l'Etat, de nombreuses exceptions ... seule compte l'affectation en fait du domaine » : à l'appui de cette argumentation, le commissaire du gouvernement cite cinq arrêts, or ces cinq arrêts s'appliquent à des situations *radicalement* différentes de celle dont il s'agit dans l'affaire considérée, il s'agit de situations qui ont été d'une manière ou d'une autre *qualifiées par la loi.* Il faut,

(6) Précité, R.D.P. 1960.1213.

(7) Dans son étude sur le domaine privé, précitée (E.D.C.E. 1958), M. Auby rangeait expressément les promenades publiques dans le domaine privé des communes, tout en indiquant que ce n'était pas une solution tout à fait conforme aux critères reçus de la domanialité publique.

en effet, écarter d'une part, les arrêts concernant la voirie communale (Moreaux-Forgeot, 12 mai 1911, rec. p. 559) ou la voirie vicinale (Dame Veuve Lafitte et sieur Vignes, 15 mai 1932, rec. p. 587) de même que l'arrêt « Société le Béton » (où la domanialité provient finalement de l'extension de la domanialité du port), de même que les deux derniers arrêts. La domanialité est formellement écartée dans le premier cas (Sempé, 30 mai 1951, rec. p. 297 : terrain exproprié en vue d'y creuser *un canal*, mais n'ayant pas reçu d'affectation publique) enfin l'arrêt Delort précité, exige un déclassement formel pour la sortie du domaine public.

Rien ne permettait donc de classer ainsi les promenades publiques dans le domaine public sans passer par le biais des voies publiques. Le critère tiré de la volonté du législateur est ici particulièrement intéressant à utiliser, car il s'agit, avec les promenades publiques d'une catégorie entière, dont on peut penser que le législateur se serait éventuellement préoccupé, s'il lui avait paru fondamental de la rattacher à la domanialité publique.

Si l'on admet dès lors, avec M. Jansse, que le législateur est « conscient » à partir de 1850, il faudra en tirer les conséquences nécessaires et admettre que pour les biens non inclus dans le domaine public, et spécialement pour des catégories entières et homogènes de biens (telles les promenades publiques), l'absence de disposition législative expresse doit équivaloir à un non-classement dans le domaine public.

Une bonne démarche du législateur est fournie par la loi n° 55-435 du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes : en effet, l'article 1er définit d'abord cette catégorie de voies « Le régime des autoroutes institué par la présente loi, s'applique aux voies routières à destination spéciale, sans croisements, accessible seulement aux points aménagés à cet effet et essentiellement réservées aux véhicules à traction mécanique ... », l'article 2 range expressément les autoroutes dans le domaine public de l'Etat et précise que « les lois et règlements sur la grande voirie qui ont pour objet d'assurer la conservation du domaine public national leur sont applicables »; enfin l'article 3 apporte certaines dérogations aux droits traditionnels des riverains. On voit ici que les différents éléments sont dissociables : c'est, nous semble-t-il, un exemple parfait de détermination législative.

§ 3. — Nature et fonction du domaine public.

Sur la base des éléments que nous venons de dégager, nous pensons qu'il n'est pas inutile d'essayer de préciser de manière plus synthétique ce que nous entendons par domaine public et quel est le rôle du régime de la domanialité publique.

a) Nature du domaine public.

Peut-être, à force de discussions et d'affrontements doctrinaux vieux maintenant de plus d'un siècle, a-t-on fini par perdre de vue

un certain nombre de considérations élémentaires ? Les arbres, une fois de plus, auront caché la forêt.

En fin de compte, qu'est-ce que le domaine public ? Il nous semble que la question mérite d'être posée en forme simplifiée.

Le domaine public, nous l'avons déjà indiqué, n'est pas autre chose qu'un ensemble de biens parfaitement hétérogènes dont l'unité provient du régime juridique qui les frappe. On remarquera — ainsi que nous pourrons encore le montrer maintes fois au cours de notre étude — que ce régime qui constitue *la domanialité publique*, ne s'applique pas de manière identique à tous les biens qu'il est censé englober. Entre le régime des voies publiques, des autoroutes, des voies navigables, etc... on serait bien en peine de trouver une homogénéité réelle à des niveaux pourtant modestes, tels le contentieux, la compétence, la protection, les pouvoirs de police, le régime des recettes et des dépenses (entretien). Il est donc parfaitement légitime de se poser le problème d'une part de la nature intime du domaine public, d'autre part celui de sa fonction.

Le problème de la nature du domaine public est d'abord un problème de critère de domanialité.

Nous avons examiné les principaux critères qui ont été proposés depuis Proudhon. Après examen, nous les avons tous rejetés. Aussi ingénieux qu'ils apparaissent, nous pensons qu'ils manquent de fondement juridique. Le seul fondement juridique réel est celui de la volonté législative ou réglementaire, volonté qui sous une forme ou sous une autre, revient à attribuer à telle ou telle catégorie de bien le régime de domanialité publique.

Le domaine public apparaît, en effet, comme un régime juridique exorbitant du droit commun : il s'agit là d'une affirmation incontestée et incontestable. On ne manque donc pas de s'étonner de ce que non seulement la jurisprudence ait « reçu » un critère d'une très grande complexité et d'une remarquable imprécision (affectation à un service public et aménagement particulier à cet effet), mais que ce critère qui est entièrement l'œuvre de la doctrine puisse aboutir à une extension inconsidérée (8) de la domanialité publique : promenades publiques, cimetières, stades municipaux (9), colonnes d'affichage sur la voie publique (10), poteau situé au milieu d'une chaussée (11), tableaux des grands musées (12), Arènes d'Arles (13), etc., on est en droit de se demander où s'arrêtera cette « boulimie » du domaine public (14). Il faut ajouter que cet « impérialisme » du

(8) Cf. les remarques de M. Vergnaud sur l'affaire Berthier sous le titre « Vers une extension de la domanialité publique ? », A.J. 1960.I, p. 140.

(9) Ville de Toulouse, 13 juillet 1961, A.J. 1961.I.467 et II.492.

(10) Ville de Nice, 20 avril 1956, A.J. 1956.J.257, note P. Weil.

(11) Dussaix, 18 janvier 1961.

(12) Montagne c/ Réunion des Musées de France, 2 avril 1963. Cass. Civ., A.J. 1963.II.167, p. 486, note Dufau.

(13) Cf. « Le Monde », 17 octobre 1963.

(14) On a pu, cependant, relever une certaine volonté de limitation dans un

domaine public n'est étayé par aucune considération juridique de poids. Si l'on devait chercher un exemple de pouvoir normatif de la jurisprudence, assurément, c'est bien celui-ci qu'il faudrait proposer. Certes, la jurisprudence administrative — suivie avec quelque réticence par les juridictions judiciaires — a accompli ici un magnifique travail d'adaptation et de recherche. Mais, n'a-t-elle pas, ce faisant, encouragé en quelque sorte ces « carences » du législateur que nous avons dénoncées plus haut (15). Celui-ci aura eu une fâcheuse tendance à s'en remettre à celle-là. On a bien vu que la jurisprudence pouvait aller très loin dans l'adaptation aux circonstances nouvelles (16) : mais aussi, on aura vu très rapidement les limites d'un tel effort, le législateur ayant dû intervenir (17) très rapidement.

En matière de détermination du domaine public, il n'en est pas allé de même. Le plus souvent les difficultés de cette détermination n'ont pas été assez pressantes pour obliger l'intervention législative ou réglementaire, d'où la carence, d'où également le rôle démesuré qu'a joué le juge.

Mais on remarquera que pour un problème aussi délicat que celui des autoroutes, le législateur n'a pas voulu laisser aux méandres du prétoire le soin d'en déterminer le régime et qu'il en a déterminé lui-même le caractère domanial.

Le domaine public apparaît donc comme un régime d'origine législative ou réglementaire, surtout à partir du moment (1850) où la distinction domaine public — domaine privé a été « reçue » par le législateur. La nature du domaine public est donc d'être un régime déterminé par le législateur.

b) Fonction du domaine public.

A quoi se réduit ce régime dont nous avons essayé de montrer l'origine législative (ou réglementaire) ? La question est à poser, surtout, si comme nous l'avons dit, dans l'application même du régime aux biens concernés on discerne une très grande hétérogénéité.

Notre étude n'est pas consacrée à la description du régime domanial dans ses diverses modalités. Il s'agit ici, simplement, de chercher à montrer le rôle que jouent les notions de domaine public et de domanialité publique par rapport aux biens concernés. Sans anticiper sur certains passages ultérieurs, on peut dire, dès maintenant, que la fonction de la domanialité publique consiste avant tout en

arrêt du Conseil d'Etat concernant la domanialité des eaux destinées à l'alimentation des populations (Ville de Grenoble, 16 novembre 1962, J.C.P. 1963.II.13395, note J. Dufau).

(15) Cf. *supra*, p. 7 sq.

(16) Notamment lorsqu'il s'est agi de créer une coordination rail-route avant la lettre ainsi que d'assurer la protection des concessionnaires des collectivités publiques (sur ce point, cf. *infra*, Titre 2).

(17) Cf. le Décret-loi du 19 avril 1934 intervenant deux ans à peine après l'arrêt « Société des Autobus Antibois ».

l'affirmation de l'utilité sociale d'un bien et de la mainmise administrative sur lui. Mais il s'agit là de considérations mi-juridiques mi-sociales. Affirmer l'utilité sociale d'un bien n'est pas un acte juridique en soi. C'est par quoi pèchent les théories de l'irremplaçabilité ou de l'affectation, ainsi que nous avons essayé de le montrer. La domanialité publique est en quelque sorte la consécration juridique de cette affirmation d'utilité sociale : dans la mesure d'ailleurs, où dans son contenu proprement dit, elle se diversifie, on peut dire qu'elle revêt avant tout un caractère symbolique. On sait que ce que l'on considère généralement comme les attributs fondamentaux irréductibles de la domanialité publique, à savoir l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, n'est en réalité qu'une affirmation symbolique de peu d'intérêt pratique réel.

Le domaine public devient ainsi, avant toute chose, un élément symbolique, un ensemble de biens à la disposition du public, médiatement ou immédiatement, sur lequel, à la suite d'un ensemble de procédures juridiques complexes (classement, affectation, etc.) le droit affirme une mainmise particulière de l'administration, en vue d'en assurer l'utilisation la plus rationnelle et la plus rentable.

Que cette mainmise ait été conçue précisément pour être différenciée de la propriété civile, voilà qui n'a pas manqué d'impressionner pendant longtemps — et aujourd'hui encore — ceux qui se sont quelque peu penchés sur la domanialité publique. Ne pouvant, sans contredire la lettre même du Code civil, assimiler la domanialité publique à la propriété civile (18), on a créé de toutes pièces la « propriété publique » ou « administrative », sans songer que l'une des fonctions essentielles — peut-être même exclusive — de la domanialité publique était précisément de créer ce rapport *sui generis* entre l'administration et le bien, rapport qui constitue l'essence même de la domanialité publique. Mais il s'agit là d'un débat plus vaste que nous examinerons dans la section suivante.

La dernière fonction du domaine public que nous relèverons, c'est la fonction « publique » qu'il faut examiner après la fonction « domaniale ».

La fonction « publique » nous intéresse au premier chef, puisque toute la police du domaine public n'en est qu'une conséquence directe. On ne conçoit, en effet, la police du domaine que parce que celui-ci est « public » : il n'y a pas, en principe, de police sur le domaine privé.

(18) Un seul auteur a osé pousser son raisonnement jusqu'à ses plus extrêmes conséquences et à faire de la domanialité publique une véritable propriété du droit civil : L. Bernard : « Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du domaine public », Thèse, Aix, 1910.

Section II

DU DROIT DE L'ADMINISTRATION SUR LE DOMAINE PUBLIC

Ayant ainsi abouti à une conception minimale du domaine public, nous n'allons pas étudier l'ensemble du régime de la domanialité publique. Nous nous contenterons d'évoquer l'un des grands débats suscité par ce régime : celui de la propriété du domaine public, car il conditionne très directement l'ensemble de notre étude sur la police du domaine public.

§ 1. — Les données du problème.

La problème a soulevé les controverses les plus passionnées. Il est ancien : dès l'Ancien Régime, en effet, l'idée du domaine non possédé « propriétairement » était ancrée, comme en témoignent les célèbres remontrances du Parlement de Bordeaux de 1766 (19). L'on sait que c'est essentiellement à la suite de l'œuvre de Proudhon (20) que l'idée d'un droit de l'administration différent du droit du propriétaire sur son bien, s'est développé. En fait, il s'agit là de la conjonction de deux idées : d'une part, le Code civil parlait lui de biens insusceptibles de propriété privée. Proudhon, lui, introduit l'idée de la distinction du domaine privé et du domaine public : il en résultera tout naturellement l'idée que le domaine public n'est que « détenu à titre de gardiennage » par l'administration, non comme propriétaire.

Cette idée sera admise comme un dogme pratiquement incontesté pendant toute la durée du XIX^e^ siècle : elle sera complètement systématisée par Ducrocq et reprise par Berthélémy. Il faudra attendre Hauriou pour que les premiers assauts lui soient portés. En 1910, paraît une thèse qui reconnaît à l'Etat sur « son » domaine public le même droit qu'au propriétaire sur son bien (21). Cette thèse appa-

(19) Remontrances du Parlement de Bordeaux du 30 juin 1766 : « Il y a des biens appartenant à la nation tels que les rivières, les rivages de la mer, etc., dont la garde et la conservation est l'attribut de la souveraineté. Il n'était pas besoin de loi pour déclarer ces biens inaliénables, parce qu'ils le sont par leur nature. Ce n'est pas une véritable propriété dans la main du souverain, mais plutôt un dépôt qui lui a été confié de la chose commune ou publique, pour la conserver, la protéger, la rendre plus utile à tous ses sujets. »

(20) « Enfin il y a un troisième genre de choses qui, dans l'état de civilisation où nous sommes placés, sont mises en dehors de toute possession privée : tels sont les ports de mer, les routes, les chemins publics de toutes espèces, les remparts des places de guerre, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les canaux de navigation intérieure, etc. C'est cette troisième classe de choses qui forme la dotation du domaine public, et qui fera l'objet du présent traité » (PROUDHON, *op. cit.* Préface, Tome I).

(21) Louis BERNARD : « Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du

raît d'ailleurs beaucoup plus comme une sorte de pamphlet contre l'idée classique.

En réalité, il semble bien que la question n'ait jamais été tranchée par la jurisprudence administrative. Après l'arrêt Piccioli (22), Hauriou croira pouvoir affirmer que le Conseil d'Etat a définitivement admis la thèse de la propriété administrative du domaine public, au vu de l'expression « terrains appartenant à l'Etat » : une controverse s'engagea alors pour déterminer le sens exact de l'expression « appartenant », en réalité, le problème n'était pas là : un auteur a enfin pu montrer que l'arrêt Piccioli n'était pas un arrêt domanial, mais tranchait une question de « pur droit maritime » (23), M. Pelloux, lui aussi, est très réservé quant à la portée réelle de cet arrêt (24).

Par la suite, M. de Laubadère, dans sa thèse, reprendra très vigoureusement l'idée de la propriété du domaine public et à partir de cette époque, la plupart des auteurs semblent admettre l'idée sans trop l'approfondir. Cependant, Maroger, lui, témoigne encore quelque réserve : à l'heure actuelle on pourrait d'ailleurs constater un léger mouvement de retour en arrière, certains commissaires du gouvernement (cf. les conclusions du commissaire du gouvernement Kahn sur l'affaire Mousset : « Nous nous garderons d'entrer dans les discussions doctrinales qui divisent les auteurs partisans ou adversaires du droit de propriété de l'administration sur le domaine public, mais enfin ce droit n'est pas exactement un droit de propriété, et les servitudes du Code civil à les prendre à la lettre, sont établies au profit du propriétaire, A.J. 1963-688, Conseil d'Etat, 28 juin 1963) se montrent réservés face à l'idée de propriété, d'autres sont beaucoup plus catégoriques, « aujourd'hui, votre jurisprudence et la presque totalité des auteurs admettent que les collectivités publiques ont un droit de propriété sur leur domaine public ... et qu'elles sont en droit de tirer toutes les conséquences de leur droit de propriété dans la mesure où l'affectation au service public n'en est pas gênée » (25). Dans quelques arrêts récents, le Conseil d'Etat parle même expressément de la « garde du domaine public » (le maire, gardien du domaine public) (26). Finalement, le seul arrêt que nous ayions relevé et dans lequel le Conseil d'Etat emploie l'expression de « propriétaire » est un arrêt « Commune du Vieux Boucau » (17 juin 1946), encore s'agit-il d'une espèce très particulière, mais le Conseil

domaine public », Thèse, Aix, 1910, cf. p. 171 : « selon nous, la domanialité publique n'est et ne peut être qu'un droit de propriété privée qui appartient à l'Etat et il lui est nécessaire pour l'aménagement et la gestion des biens du domaine public ».

(22) C.E. 17 janvier 1923, S. 1925.3.17, note Hauriou.

(23) Pradignac : « Les utilisations privatives du domaine public maritime », Thèse, Aix, 1949, cf. p. 67 (chap. 2).

(24) Pelloux, *op. cit.*, pp. 306-307.

(25) Concl. Guldner sous « Société Nationale d'Editions Cinématographiques », C.E. 20-12-1957, Sirey, 1958.73.

(26) Cf. notamment « Dame Rapin », 19 avril 1963.559.

d'Etat y parle très nettement de l'Etat « propriétaire du cours d'eau et de son lit » : à notre connaissance, cet arrêt est tout à fait isolé (27).

Le problème est d'ailleurs double, comme pour bien d'autres difficultés soulevées par la domanialité publique, il faut distinguer entre le problème de vocabulaire et le problème de fond : ici cette difficulté se complique du fait qu'à la suite d'Hauriou, la plupart des auteurs admettent une très vague idée de propriété administrative, ce qui permet, apparemment du moins, de ne pas admettre la véritable propriété (c'est-à-dire celle du Code civil), mais permet de conserver le mot et ce qu'il peut avoir de « charge ».

§ 2. — Problèmes de terminologie.

S'il est un mot dans le vocabulaire juridique français qui ait toujours eu un sens précis et autour duquel ne se manifestent pas de divergences doctrinales réelles, c'est bien le mot de propriété. Le Code civil semblait avoir tout réglé : il n'y avait, dès lors, pas de possibilité d'admettre que le domaine pût être objet de propriété (privée — la seule que notre droit connaisse).

C'est Hauriou qui avait pourtant si poétiquement relevé que « le Conseil d'Etat n'admet pas que dans de vieilles outres on verse du vin nouveau » (28) qui sera à l'origine de ce changement de signification curieux : on découvrit ainsi brusquement qu'il y avait une nouvelle forme de propriété, inconnue jusque-là, radicalement différente de celle du Code civil : la propriété administrative grevée d'affectation. Hauriou devait ainsi complètement transformer le sens du mot propriété et le reprendre à son compte en lui insufflant un sens nouveau, un peu comme il l'avait déjà fait pour le mot « institution ». Au sujet de l'opération autour du mot institution, M. Burdeau faisait les remarques suivantes : « ... je ne puis m'empêcher de trouver tout à fait fâcheux le fait, pour une doctrine, d'annexer un mot banal, commode ... et indispensable, de l'emplir d'explosif et de le remettre ainsi transformé en circulation ... certains mots devraient conserver leur tranquille et honnête neutralité pour servir au commerce intellectuel ouvert à tous et non exclusivement la thèse d'une école particulière » (29). Ces remarques semblent pouvoir être reprises : pour le problème de la propriété du domaine public. En réalité cependant, l'intérêt du choix du mot est double : d'une part, en effet, on marque bien les différences avec la propriété privée, mais d'autre part, on aboutira à reconnaître un certain nombre de prérogatives à ce propriétaire que jamais sans doute on ne lui aurait reconnu autrement, dans le cadre du simple droit de garde ou de surintendance.

(27) S. 1947.3.9, note M.H.B.
(28) Note sous « Bernard », 14 mai 1926, S. 1929.3.17.
(29) Burdeau : « Traité de Science Politique », Tome II, p. 234, n° 177.

Chez M. de Laubadère, la démarche, si elle aboutit au même résultat, est cependant inverse : elle revient, en effet, à montrer que face aux tâches nouvelles de l'administration, la seule justification possible est la propriété du domaine public, celle-ci dès lors expliquera toutes les interventions de l'administration : conservation, gestion, etc. : certaines interventions ne peuvent plus s'expliquer que par l'idée de propriété. Mais M. de Laubadère continue cependant à parler de propriété administrative.

On trouve la même idée chez Bonnard qui écrit : « la propriété du domaine public, incompatible avec une certaine conception de la propriété, devient possible si on conçoit la propriété d'une certaine façon » (30).

On ne peut dire que le choix du mot soit malheureux, puisqu'il est tout à fait conscient et volontaire. Ce qu'il faut déplorer ici, c'est cette *ambiguïté* — peut-être elle aussi voulue et entretenue — ainsi que l'utilisation d'un mot dans un sens complètement transformé : mais plus grave encore nous paraît la confusion sur le fond.

§ 3. — L'ambiguïté de la notion de propriété du domaine public.

On s'aperçoit, en réalité, que le problème de la propriété du domaine public, tel qu'il a été posé, essentiellement entre les deux guerres, est un faux problème : on a déplacé le véritable enjeu. En effet, pour les partisans de la propriété du domaine public postérieurs à Hauriou, c'est-à-dire dans les années 1930, à une époque de crise, affirmer la propriété du domaine public revenait à justifier toutes les interventions de l'administration. On comprend, en effet, que le propriétaire de la voie puisse intervenir et interdire p. ex. que tel transporteur par son activité puisse devenir un concurrent dangereux du concessionnaire municipal (« Société des Autobus Antibois ») ou même départemental (« Planche », 10 janvier 1936, rec. p. 44). A partir de ce moment, on peut parler d'une véritable « magie » du mot propriété : en effet, celle-ci va progressivement — pour une certaine partie de la doctrine tout au moins — justifier toutes les interventions de l'administration, aussi bien dans la matière autrefois si controversée de la « police de la conservation » (31) que dans celle des mesures économiques, ainsi, M. de Laubadère écrit à ce moment : « A mesure que le domaine public apparaît plus clairement comme une propriété de l'administration, les actes de l'administration concernant ce domaine peuvent de plus en plus poursuivre un but économique ou financier » (32). Pourtant, lorsqu'il rend compte de la jurisprudence, M. de Laubadère est obligé

(30) Bonnard : « Droit administratif », 4e éd., p. 551. Cf. la tentative de M. Y. Lenoir, de considérer la propriété comme un droit réel administratif.

(31) Sur ce problème, cf. *infra*, IIe partie, titre Ier.

(32) Chronique de jurisprudence administrative de M. de Laubadère, note sous C.E. 7 novembre 1934, Jacquin, R.D.P. 1935, p. 815.

de distinguer entre le régime des occupations « anormales » du domaine et les occupations « normales », ces dernières demeurant en principe des actes de police (33). On ne comprend pas pourquoi la propriété se bornerait à n'entraîner que des conséquences sur le régime des occupations comportant emprise et non sur les autres : la domanialité est un régime unique. Comme nous le verrons dans le corps de notre étude, le problème, au moment où M. de Laubadère publiait ces lignes, était de trouver une justification à des interventions de l'administration qui ne s'expliquaient plus selon les principes classiques de la liberté du commerce et de l'industrie (34).

Cette manière avait d'ailleurs été quelque peu annoncée par Hauriou lui-même qui à côté des sept preuves de la propriété administrative qu'il relevait (35) indiquait en outre : « Nous ne prétendons pas d'ailleurs que la doctrine du domaine public objet de propriété soit utile à toutes les époques, celle du droit de garde ou de surintendance, sur des choses qui par elles-mêmes n'appartiendraient à personne, a pu suffire pendant longtemps aux besoins *juridiques*, mais un jour vient où l'on s'aperçoit que la doctrine de la propriété est à la fois plus exacte et plus pleine d'effets ; pour notre droit français actuel, ce jour est venu. » (36). Il écrit aussi : « C'est cette conception d'un domaine public, propriété administrative affectée à l'utilité publique, conception fondée sur la pierre angulaire de l'affectation administrative que nous adoptons dans cet ouvrage comme étant la mieux adaptée aux faits contemporains » (37). Mais pour Hauriou, ces faits contemporains ne sont pas les faits économiques du domaine, mais les juridiques.

Lorsque Hauriou décrit l'évolution historique qui a mené à la doctrine de la propriété, il aura des formules curieuses qui traduisent, nous semble-t-il, une certaine hésitation devant les conséquences de l'idée de propriété : « L'Etat finit donc par être considéré comme ayant, à titre de dépôt, pour le compte du public, une sorte de propriété fiduciaire des dépendances du domaine qui lui permet de les protéger facilement par toutes les voies de droit et en même temps de tirer d'elles leur maximum d'utilité » (38).

On le voit il y a une véritable ambiguïté dont Hauriou semble parfaitement conscient : au fond, Hauriou se bat beaucoup plus pour le mot de propriété que pour la réalité même que ce mot recouvre et

(33) *Ibid.*

(34) M. Y. Lenoir (p. 43) explique la quasi-unanimité de la doctrine contemporaine par « l'affinement du concept de propriété malgré ses différents emplois et dans la nécessité du recours à cette notion pour justifier les compétences et devoirs donnés aux personnes publiques à propos de leurs biens ».

(35) Hauriou, 2e éd., p. 639 sq.

(36) Hauriou, 2e éd., pp. 644-645-646.

(37) *Op. cit.*, pp. 637-638, note 1.

(38) P. 646, note 1. Faut-il indiquer que la notion de « propriété fiduciaire » est une création d'Hauriou d'une orthodoxie douteuse en droit civil ?

cela pour des raisons qui dépassent largement le cadre de la domanialité publique, mais mettent en cause toute sa conception du droit administratif, il convient, en effet, pour Hauriou essentiellement de montrer l'aptitude du droit public à recevoir les mêmes notions que le droit privé.

Toute autre et bien plus large semble être la conception que se fait M. de Laubadère de la propriété du domaine public. M. de Laubadère tire, en effet, les conséquences les plus totales de cette idée de propriété (administrative) du domaine et plus spécialement de la voie publique. M. de Laubadère ramène absolument toutes les opérations à l'idée de propriété et explique fort clairement que même là où il serait possible d'expliquer certaines interventions de l'administration par le dirigisme, il préfère l'explication plus domaniale de la propriété (39). Il est vrai qu'après avoir indiqué que la propriété administrative de la voirie se manifeste à tous les échelons, c'est-à-dire au niveau de la conservation, des redevances domaniales et enfin à l'occasion du problème des transports en commun, M. de Laubadère pense qu'il faut dépasser l'idée classique de propriété individualiste pour adopter une idée nouvelle de propriété « sociale » (40), ce qui revient finalement à rappeler sous une forme nouvelle l'affectation du domaine à l'usage (du) public. Nous verrons d'ailleurs plus précisément l'utilisation de l'idée de propriété au fur et à mesure que nous étudierons les différentes formes de l'intervention de l'administration du domaine public, essentiellement la « police de la conservation », ainsi que la gestion du domaine. Nous verrons alors que toutes ces formes d'intervention administrative s'expliquent en réalité par d'autres considérations et que la propriété n'est pas ce point de vue nécessaire dont parle M. de Laubadère, dont la position quelque peu exagérée s'explique peut-être par le manque de recul qu'il a au moment où il écrit sur certaines formes d'intervention (par exemple sur le problème de la réglementation des transports en commun), encore M. de Laubadère est-il obligé de reconnaître le caractère dirigiste et non pas domanial du décret du 19 avril 1934 qui a posé les premiers principes de la coordination dirigée (41).

Une remarque s'impose. Il est certain que l'idée d'une propriété publique a pu s'imposer d'autant plus facilement que l'idée de la propriété civile, individualiste, absolue, qui était celle du Code à l'origine est allée en s'amenuisant. Il y a eu une véritable défétichisation de la propriété privée qui de toute évidence a contribué au développement de l'idée d'une propriété publique. Cependant, il ne faudrait pas exagérer l'importance de ces transformations. M. Carbonnier écrit très justement : « Il y a certainement eu des transformations, mais portent-elles sur les bases ? La propriété privée des moyens de production, le contrat, la famille, restent des réalités fon-

(39) De Laubadère, Thèse citée, pp. 280 sq. et 327-328.
(40) *Ibid.*, p. 221.
(41) *Ibid.*, p. 363 sq.

damentales, aujourd'hui comme en 1804. » (42). La propriété privée reste un concept fondamentalement individualiste qui ne permet pas de rapprochement avec une propriété « publique » créée de toutes pièces pour les besoins de la cause (43).

Pourtant, quelque réticence que l'on ait à admettre l'idée de propriété du domaine public, il n'est plus possible, à l'heure actuelle, de nier qu'elle ait profondément pénétré le droit de la domanialité publique. Au surplus, une loi 65-503 du 29 juin 1965 « relative à certains déclassements, classements et transferts de propriété de dépendances domaniales et de voies privées » la consacre expressément (44). Le problème réel n'est pas là, mais ailleurs : il est de savoir quelles seront les conséquences exactes de cette idée de propriété administrative sur l'administration et la police du domaine public. Ces problèmes seront examinés dans les différents développements. Il importait cependant de souligner *l'ambiguïté* de la notion de propriété du domaine public, quitte à reconnaître que cette notion est maintenant communément « reçue ». Cette ambiguïté se vérifiera, d'ailleurs, lorsqu'on essaiera de montrer que la jurisprudence actuelle a préféré développer la théorie nouvelle de la gestion du domaine public, sans faire jouer à la propriété ses conséquences réelles.

(42) J. CARBONNIER : « Droit civil 1962 » (P.U.F.), Tome I, p. 53.

(43) Tout au long de son étude précitée, consacrée au domaine privé, M. Auby conclut beaucoup plus au rapprochement du domaine privé vers le domaine public qu'à l'inverse. M. Savatier semble être cependant d'une opinion inverse, pour lui, le domaine public « se civilise » ; mais il semble qu'il y ait une certaine confusion entre le domaine public et le domaine privé. (« La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », Chron. XXII, Dalloz, 1961.117.)

(44) *J.O.*, 1er juillet 1965, p. 5483. Cf. aussi la chronique de législation de M. de Laubadère, A.J.-D.A. 1965, p. 519.

TITRE DEUXIEME

LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE (Eléments)

Cette partie de notre étude sera très brève. En premier lieu, en effet, il faut relever que les études concernant la notion de police administrative sont peu nombreuses, bien moins en tout cas que celles concernant la domanialité publique. Si déjà en 1905 un auteur remarquait que « la police (est) peu étudiée jusqu'ici en France » (1), plus récemment un auteur écrit « cependant les matières de police sont insuffisamment étudiées, en droit français et d'une façon disproportionnée par rapport à leur importance » (2), enfin M. Auby écrit de manière plus explicite que : « Il est assez curieux de constater le faible nombre des études consacrées à la théorie générale de la police administrative, au regard de l'abondante littérature à laquelle ont donné lieu d'autres secteurs du droit administratif comme celui du service public. Quoiqu'il en soit, cette abstention doctrinale a pour résultat de faire du chapitre de la police un des moins approfondis du droit administratif. » (3). Il s'agit donc d'une matière relativement peu étudiée et où, malgré la complexité et le nombre des problèmes non encore résolus, on trouve peu de doctrine. De ce point de vue, notre tâche se trouve donc à la fois allégée et plus difficile. Allégée parce que nous aurons peu de choses à passer en revue, plus difficile parce que nous avons moins de travaux de synthèse à notre disposition. Nos remarques se réduiront donc à des

(1) Perrinjaquet : « De la responsabilité des communes en matière de police », Thèse, Bordeaux, 1905, p. 5.

(2) Papanicolaidis : « Introduction générale à la théorie de la police administrative », 1960, p. 9.

(3) M. Auby, Préface à l'ouvrage de J. Castagné : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », Bibl. de droit public, tome 57, p. 1.

éléments très sommaires, pour servir de jalon à l'objet même de notre étude.

C'est en second lieu que, en réalité, notre étude porte beaucoup plus sur la domanialité publique que sur la police : non qu'il faille effectuer un cloisonnement rigoureux qui n'aurait pas de signification, mais cela signifie tout simplement que nous avons cherché à résoudre un problème spécifique au domaine public, non au système de la police administrative.

Pour toutes ces raisons, nous nous contenterons d'examiner en trois paragraphes, d'une part la définition de la police administrative, d'autre part la qualification de la police par le but et la caractéristique fondamentale qui en résulte : l'adaptabilité de la police administrative ; enfin, la fonction de la police administrative.

§ 1. — La définition de la police administrative.

Il s'avère une fois de plus que le problème de la définition est l'un des plus ardus à résoudre. Bonnard parle de « l'incertitude qui règne sur la signification du mot police » (4), de même Perrinjaquet : « La police est un de ces mots vagues et difficiles à préciser, qui éveillent des idées très diverses et sont souvent employés dans des sens très différents. » (5). L'un des auteurs qui a consacré l'étude la plus complète au problème de la police administrative et plus spécialement à la police municipale, M. P.-H. Teitgen (6) relève que « dans son sens statique (qui est aussi son sens étymologique) la police est l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires qui définissent et restreignent les libertés de tous pour prévenir les tapages, les accidents et les maladies qui pourraient résulter de leur exercice abusif », et plus loin « la police est l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires qui ont pour but de maintenir un certain ordre dans la cité ». Les termes sont ainsi fort clairement posés : depuis la Révolution, en effet, la définition de la police tourne autour de ce triptyque tranquillité-sécurité-salubrité. Ce triptyque, en réalité, est déjà en germe dans la célèbre définition de Nicolas Delamare qui distinguait, lui, onze parties dans la police : « La religion, la discipline, les mœurs, *la santé*, les vivres, *la sûreté et la tranquillité publique*, *la voirie*, les sciences et les arts libéraux, le commerce, les manufactures et les arts mécaniques, les servitudes domestiques, les manœuvriers et les pauvres » (7). Si l'on fait abstraction de ce que ce texte a de médiéval (bien qu'écrit au début du XVIII[e] siècle) on s'aperçoit que ce qui reste de fondamental, c'est finalement la sûreté, la tranquillité et ... la voirie. Le décret du 14 décembre 1789 (article 50 *in fine*) n'a pas manqué de s'inspirer

(4) Bonnard, 3[e] éd., p. 418.
(5) Perrinjaquet, *op. cit.*, p. 2.
(6) « La police municipale », Thèse Nancy, 1934, p. 1.
(7) Nicolas Delamare, *Traité de la Police*, Tome I, p. 1 (1722).

de cette définition en posant que l'autorité municipale a le soin « de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté des rues, lieux et édifices publics ». De même, cette définition réapparaîtra dans la loi du 28 septembre 1791 relative à l'organisation municipale, que l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 ne fera que modifier très légèrement. Il faut néanmoins relever la définition donnée par les articles 16 à 20 du Code du 3 brumaire an IV : « La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle ... Elle se divise en police administrative et police judiciaire ; la police administrative a pour objet le maintien de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale. Elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir. »

Ce rappel des dispositions législatives nous permet de montrer la conjonction progressive qui s'est faite dans la définition de la police entre deux éléments que l'on confond pratiquement à l'heure actuelle : d'une part le triptyque tranquillité-sécurité-salubrité publiques, d'autre part la notion d'ordre public, qui est devenue et est restée pendant très longtemps — elle l'est encore à l'heure actuelle, mais dans une moindre mesure — la pierre angulaire de toute la police administrative, au point que pour construire de nouvelles théories comme par exemple celle de la police économique, on passe d'abord par la notion d'ordre public économique (8). L'extension de la police se fera donc par l'extension de l'ordre public, lequel se décompose lui-même en trois éléments, il n'est d'ailleurs, en général, pas difficile, même sans forcer la mesure, de faire rentrer sous l'un des trois éléments du fameux triptyque un élément de l'activité que l'on voudrait soumettre à la police administrative, en particulier lorsqu'il s'agit du maire qui est assez démuni de ce point de vue puisqu'il n'a à sa disposition que l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 (devenu article 97 du Code de l'Administration communale).

La plupart des définitions font appel à la notion d'ordre public comme but de la police administrative, c'est le critère finaliste, opposé au critère matériel (9). Si M. Rivero définit la police administrative comme « l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société » (10), le critère finaliste reste pourtant encore sous-jacent. M. Blaevoet donne une définition plus explicite :

(8) Sur ce problème, cf. *infra*, III[e] partie.

(9) Cf. sur cette opposition, l'article de M. Moreau : « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », A.J. 1965, p. 3, spécialement p. 6, n° 7.

(10) Droit administratif Collect. Dalloz, 3[e] éd., 1965, p. 368, n° 433. M. Rivero insiste d'ailleurs (n° 434) sur le but de protection de l'ordre public de la police administrative.

« La police est une institution qui a pour objet en imposant des restrictions à la liberté individuelle sous une sanction pénale de prévenir tout trouble imminent de l'ordre public, ou de le faire cesser dès qu'il s'est produit, mais seulement en tant que les lieux publics ou accessibles au public et les conditions normales extérieures de l'existence y sont intéressées » (11), il est vrai que M. Blaevoet donne six sens possibles du mot police.

Pour M. de Laubadère, « la police est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus » (12).

De même, M. Vedel insiste lui aussi sur la parenté profonde entre l'ordre public et la police : « l'action tendant au maintien de l'ordre public porte le nom de police » (13) et il définit ainsi la police administrative générale : « l'ensemble des activités administratives ayant pour objet l'édiction des règles générales et des mesures individuelles nécessaires au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de la sûreté, de la tranquillité, de la salubrité » (14).

Pour M. Burdeau : « La police est justifiée par une fin qui est le bon ordre dans la cité. » (15).

M. Castagné définit, lui, ainsi la police : « C'est la prérogative reconnue à une autorité administrative d'édicter, dans le but d'assurer l'ordre public, des actes juridiques exécutoires, et d'effectuer les actes matériels nécessaires à leur exécution. » (16).

Seul, en définitive, M. Papanicolaidis adopte une définition quelque peu différente et essentiellement plus extensive, lorsqu'il définit la police administrative comme « l'ensemble des activités normatrices, répressives et matérielles, accomplies par les autorités administratives, soit en vue d'assurer le bon ordre dans la collectivité ou à l'intérieur des services publics, soit en vue de protéger l'intégrité matérielle du domaine public » (17). On le voit, cette définition est très extensive et a été rejetée à ce titre par MM. Eisenmann et de Soto (18). Nous la retrouverons plus loin, car elle englobe la police de la conservation du domaine public, mais on peut d'ores et déjà souligner qu'elle fait une large part à la notion d'ordre public : simplement elle va plus loin que cette notion.

(11) « Des recours juridictionnels contre les mesures de police », Thèse, Paris, 1908, cf. pp. 14-15.

(12) Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J., 3e éd. (1963), p. 505, n° 962.

(13) Vedel : « Droit administratif », Thémis, 3e éd., 1964, p. 15.

(14) *Op. cit.*, pp. 569-570.

(15) G. Burdeau : « Les libertés publiques » (1961), p. 38.

(16) *Op. cit.*, p. 28.

(17) Papanicolaidis, *op. cit.*, pp. 15-16.

(18) Eisenmann, préface à l'ouvrage de M. Papanicolaidis. De Soto, compte rendu bibliographique dans R.D.P. 1963, pp. 145-146.

On peut donc parler d'une véritable identification de la police administrative et de l'ordre public (19). Bien entendu, cette remarque n'épuise pas le sujet, pas plus d'ailleurs celui de la police administrative que celui de la notion d'ordre public. Nous aurons l'occasion de revenir dans le corps de notre étude sur certains aspects de ces deux notions ainsi que sur leur identification.

Comment néanmoins définir l'ordre public, par rapport à la notion de police administrative, puisque tel est l'objet, à ce stade de notre étude, de notre réflexion ? Un auteur qui a étudié certains aspects de la notion d'ordre public propose de qualifier l'ordre public d'élément « interne », variable, sur lequel s'appuient les mesures de police pour réaliser le maintien de l'ordre, le but de police, ou élément externe étant lui permanent et assuré par des séries de règlements administratifs (20). Ces remarques nous paraissent intéressantes, car elles introduisent un élément dans la très difficile distinction entre police et réglementation, distinction qui est pour nous de première importance, spécialement en matière de conservation du domaine.

D'une part, en effet, la police apparaît comme un corps de règles, l'ensemble des règles, en particulier des règles limitatives de la liberté individuelle (21) dans une matière donnée ou même pour l'ensemble des possibilités offertes aux citoyens, d'autre part, la police est précisément la faculté reconnue à certains agents appelés autorités de police — générale ou spéciale — (Premier ministre, préfets, maires) d'émettre de telles règles, cette distinction ne tenant pas compte de la distinction entre police au sens matériel et au sens formel. M. Waline insiste tout particulièrement sur la confusion trop souvent opérée, selon lui, entre police et réglementation ; toute réglementation n'est pas, en effet, règlement de police, toute mesure de police, par contre, n'est pas nécessairement un règlement (22). En fait, dans la plupart des cas, et plus particulièrement encore lorsqu'il s'agit de la police du domaine public, les deux choses sont tellement proches qu'il est difficile de les distinguer, le plus souvent même, elles se confondent, purement et simplement, tant au point de vue matériel qu'au point de vue formel. Lorsque M. Teitgen (23) définissait l'aspect statique de la police, il indiquait qu'il entendait par là « un ensemble de prescriptions législatives et réglementaires » : il s'agit donc là de réglementation au sens le plus large

(19) Toute la première partie de l'important ouvrage de M. Bernard sur « la notion d'ordre public en droit administratif » est consacrée à la notion d'ordre public en matière de police administrative (cf. pp. 7-162). Bibl. de droit public, tome 42.

(20) Maurier : « Recherches sur la notion d'ordre public et les tendances nouvelles en matière d'aménagement de l'Etat », Thèse, Paris, 1946, cf. p. 7.

(21) L'étude de M. Farjat sur « l'ordre public économique » (Bibl. de droit privé, tome 37) apparaît essentiellement comme une étude des restrictions à la liberté de contracter.

(22) Droit administratif, Sirey, 1963, 9e éd., p. 638, n° 1071.

(23) Cf. *supra*, p. 48.

(puisqu'on y englobe même les lois). L'aspect statique de la police, peut-on dire, sera donc, précisément, la réglementation. Inversement, l'aspect « dynamique » de la réglementation, c'est-à-dire sa mise en œuvre comme ses applications individuelles, sera précisément la police. En définitive, la parenté est réelle et profonde : c'est de l'essence même du pouvoir administratif qu'il s'agit ici, dont l'unité d'origine est profonde, mais dont seules les formes d'expression sont susceptibles de varier.

La police apparaît donc, essentiellement, comme une activité s'exerçant et ne pouvant que s'exercer que dans un certain *but*. L'existence de ce but et la limitation qu'il impose aux autorités de police, notamment par le biais du contrôle juridictionnel restent en définitive la garantie la plus sérieuse du citoyen. Malgré le « sentiment plus ou moins conscient de suspicion et de méfiance à l'égard d'une des activités les plus contraignantes de la puissance publique » que relève fort justement M. Auby (24) qui y voit une des causes de la désaffectation de la doctrine, le régime de la police administrative est certainement bien moins arbitraire qu'on ne le pense généralement, et certainement moins que certaines formes nouvelles de l'intervention administrative, telle par exemple, comme nous le verrons, la « gestion » du domaine public (25). Un auteur a même pu établir que dans bien des cas, le régime de la réglementation n'est pas nécessairement plus libéral que celui de l'autorisation (26).

Il reste cependant à examiner si cette police administrative ainsi conçue n'est pas de nature à entraver l'action de l'administration, c'est-à-dire à établir comment précisément la notion d'ordre public, conçue comme pierre angulaire de la notion de police permettra en même temps son adaptation.

§ 2. — La caractéristique fondamentale de la police administrative : l'adaptabilité.

« La notion de police est dominée par l'idée d'un but à atteindre : l'ordre public (qui, dans notre matière, a pour aspects principaux la sécurité et la commodité de la circulation). Ce caractère finaliste confère à la police une remarquable souplesse : il appartient, en effet, aux autorités administratives qui l'exercent d'en déterminer les modalités eu égard au but poursuivi : elles disposent ainsi d'une

(24) Préface citée à l'ouvrage de M. Castagné. Cf. également PAPANICOLAIDIS, *op. cit.* Introduction, p. 9.

(25) Et il ne s'agit pas seulement de la vieille liberté du commerce et de l'industrie. L'arrêt « Sté Nationale d'Editions Cinématographiques » (précité) que nous examinerons à loisir dans la II[e] partie (Titre 2), et la troisième partie, aboutit en effet à renforcer les pouvoirs de « police » par le biais de la « gestion » du domaine.

(26) Francis RIPERT : « La liberté du commerce et le pouvoir de police du maire », Thèse, Aix, 1936, p. 35 sq.

large liberté dans le choix des mesures opportunes, des moyens les plus aptes à faire régner l'ordre. C'est pourquoi d'ailleurs, il n'est jamais question d'une compétence, mais d'un pouvoir de police (et même quelquefois d'un droit).» (27). Ces lignes nous paraissent parfaitement explicites, et correspondent assez bien — nous semble-t-il — à l'idée fondamentale de la police administrative, telle qu'elle s'exprime par exemple à travers le fameux arrêt Labonne (28).

L'identification de la police à son contenu, c'est-à-dire à l'ordre public, lui confère, en effet, une faculté d'adaptation quasi illimitée. Non seulement, reprenant la définition d'Hauriou, c'est-à-dire en gros la lutte anti-désordre, on peut dire que la police trouve dans le désordre et dans toutes les circonstances de fait qui peuvent l'entourer un caractère éminemment adaptatif, mais il faut aller plus loin, car la police administrative n'a pas seulement ce caractère négatif et quasi répressif, elle a aussi un caractère positif et préventif, et cela dans un double sens.

En premier lieu, la police prévient les troubles à l'ordre public, elle s'adaptera donc au trouble futur de cet ordre public, quelle que soit la forme qu'il peut prendre. La règle de la proportionnalité de la gravité de la mesure de police à celle du trouble trouvera ici, on s'en doute, un champ d'action idéal.

En second lieu, par le jeu des autorisations de police sollicitées par certains individus, le champ d'application va s'étendre aussi loin que s'étend précisément le champ des matières soulevées par les demandes. Il est clair, par exemple, que l'apparition de l'automobile a entraîné des autorisations de tous ordres, dans des secteurs et selon des modalités parfois assez nouvelles pour que certains aient pu croire que désormais l'administration intervenait selon des fondements juridiques nouveaux, ainsi en va-t-il, par exemple, des distributeurs d'essence. Aussi longtemps que ces appareils n'existent pas, il est évident que le problème ne se pose pas : du jour où ils apparaissent, la police par le jeu des autorisations sollicitées va intervenir et mettre sur pied, progressivement, selon les circonstances locales et même nationales, certaines règles qui ne sont que la mise en œuvre de la classique proportionnalité : s'il s'était avéré que ces mesures restent insuffisantes, et qu'il faut intervenir selon une « planification » plus systématique, la loi et le pouvoir réglementaire pourront et devront intervenir, comme cela a été le cas, par exemple, pour les « distributeurs d'essence » (29).

(27) Robert Duprat : « Le régime et la nature juridiques des entreprises routières de transport en commun », Thèse, Bordeaux, 1956, p. 31.

(28) 8 août 1919, Rec. p. 837. On trouvera des remarques intéressantes sur certains problèmes posés par cet arrêt en relation avec les problèmes juridiques de la circulation routière chez Henri Arnaud : « De la légalité des règlements sur la police de la circulation routière », Thèse, Paris, 1926, notamment p. 53 sq. L'auteur est assez critique à l'égard de la solution Labonne.

(29) Sur le problème des distributeurs d'essence, cf. *infra*, III[e] partie, titre I[er].

Dès lors, et à partir du moment où le rôle de l'ordre public s'intègre dans ce que M. P. Bernard a pu appeler « l'aménagement harmonieux » (30) indiquant, par ce choix heureux, le rôle éminemment positif de la notion d'ordre public, la police suivra la même voie et sera également à l'œuvre dans cette recherche de l'aménagement harmonieux. La police du domaine public devient ainsi d'abord l'ordre public sur le domaine public, avec ses nombreuses implications (sécurité et commodité de la circulation, conservation), puis l'ordre public du domaine public intégré finalement dans l'aménagement harmonieux recherché pour le domaine lui-même et pour l'ensemble de la collectivité, à laquelle il est « affecté ».

Ce rôle éminemment constructeur de la police laisse intact le rôle primitif qu'il n'a pas dénaturé. M. P. Bernard parle du rôle conservateur de l'ordre public (31), ce qui traduit bien certaines réalités « conservatoires » mises en œuvre sur le domaine public et qui s'intégreront parfaitement comme nous le verrons dans la notion d'ordre public.

M. P. Bernard écrit que « L'ordre public est certainement une des notions du droit les plus aptes à s'adapter à la réalité de la vie. » (32). Pour la police, cette aptitude se manifestera de la même manière : M. P. Weil écrit qu'il s'agit là de « l'une de ces définitions stables à contenu variable qu'affectionne notre haute juridiction administrative, et qui tout en résolvant certains problèmes laisse la porte ouverte à des évolutions futures » (33). La notion d'ordre public a donc une « dynamique interne » (34) qui lui permet de jouer un très grand rôle dans la détermination de la police, d'une police qui dépassera le cadre du simple triptyque tranquillité-sécurité-salubrité publiques pour suivre et se développer dans le cadre de la notion d'ordre public, ainsi que l'a remarquablement indiqué, par exemple, le commissaire du gouvernement Corneille dans l'espèce Baldy (35). Certes, les commissaires insistent en général sur le caractère « vague et imprécis » de la notion d'ordre public, mais ce caractère a pour conséquence fondamentale une plus grande liaison aux circonstances de temps et de lieu (36).

§ 3. — Fonction de la police administrative.

Peut-on à vrai dire parler d'une fonction de la police administrative sans tomber dans la spéculation philosophico-juridique,

(30) P. Bernard, *op. cit.*, p. 44 sq.
(31) *Ibid.*, pp. 226-227.
(32) *Ibid.*, p. 227.
(33) Note sous C.E. 18 décembre 1959, Société « Les films Lutétia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films, D. 1960.171.
(34) Castagné, *op. cit.*, p. 36.
(35) C.E. 10 août 1917, Rec. p. 636, concl. Corneille.
(36) Corneille sous « Baldy » précité ; cf. aussi conclusions Letourneur sous « Société Nouvelle d'Imprimerie », C.E. 23 novembre 1951, R.D.P. 1951, p. 1101, note Waline.

laquelle, si passionnante qu'elle puisse être, nous serait ici d'une bien faible utilité.

Il ne s'agit pas, en effet, dans le cadre d'une réflexion sur la police du domaine public de s'attarder trop longuement sur la notion de police administrative. Tout au plus avons-nous cherché, après avoir tenté une définition, à présenter quelques traits caractéristiques de cette notion de police administrative, spécialement dans la mesure où elle a trait à notre étude.

Nous venons de voir que le trait caractéristique de la police administrative était son adaptabilité. Cette adaptabilité lui vient de son caractère essentiellement finaliste. Dans la mesure où la police est chargée de maintenir l'ordre public — dans tous les sens du terme — elle s'adaptera à toutes causes de trouble à l'ordre public qui sont susceptibles de se manifester dans la cité.

De même, nous avons vu que le maintien de l'ordre public n'est pas seulement négatif, mais peut acquérir et acquiert très souvent un caractère positif, préventif par exemple et même quelquefois constructif, notamment par le jeu des autorisations de police qui peuvent prendre une très grande importance dans la vie de la cité (37).

Comment s'expriment sur le plan fonctionnel ces divers aspects de la police administrative ?

Nous pensons pouvoir l'exprimer très simplement en parlant du rôle *régulateur* de la police administrative. Ce rôle régulateur exprime et englobe les deux aspects de la fonction de police : l'aspect négatif et l'aspect positif, en même temps qu'il en fait une synthèse dynamique. La fonction de police, on le sait, n'est plus, en effet, cantonnée dans la prévention ou le maintien du trouble isolé ou individualisé, même si matériellement — par nécessité — la fonction ne peut s'exprimer différemment.

La fonction régulatrice de la police représente avant tout une dynamique d'intervention sociale, différente de ce qu'elle est par exemple en régime purement libéral (38). Ce schéma n'est pas limité au domaine économique, bien que, cela va sans dire, c'est dans le domaine économique qu'il trouvera sa meilleure illustration (39).

La police administrative ne se conçoit plus sans « plan » général, plan du maintien de la sécurité, de la prévention, des accidents de la route, de salubrité, etc. Est-ce à dire pour autant que la police se dénature et qu'il faille dès lors parler d'ordre public économique, social, monétaire ,etc. ? Poser la question, n'est-ce pas la résoudre implicitement ? Pas plus qu'on ne conçoit un morcellement de

(37) On peut dire qu'à l'heure actuelle c'est l'une des fonctions essentielles de la police administrative.

(38) Où l'Etat n'est que « veilleur de nuit » pour reprendre la très pittoresque expression de M. Charlier.

(39) Sur les rapports entre les notions de police, d'ordre public et d'économie, cf. *infra*, 3e partie, Titre Ier.

l'ordre public, on ne concevra un morcellement — sinon purement formel — de la police elle-même. La fonction de police est avant tout diverse et adaptable et par là même régulatrice de la vie sociale dans ses manifestations.

Nous verrons plus loin des manifestations parfaites de cette fonction régulatrice en étudiant la police du domaine public, plus particulièrement dans ses formes économiques.

DEUXIEME PARTIE

COMBINAISON DES CONCEPTS : SITUATION DE LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

Nous venons de poser les bases de notre étude, lorsque nous parlerons désormais de la domanialité publique ou de la police, c'est en fonction de ce que nous avons défini dans la première partie, qu'il faudra raisonner.

La deuxième partie étudiera les combinaisons de l'activité de police administrative et de la domanialité publique, les deux termes étant entendus avant tout comme régime : pratiquement, c'est la combinaison de deux régimes que nous allons étudier dans cette deuxième partie. Mais, comme nous l'indiquions dans l'introduction, ce que nous étudierons ici, ce sont uniquement les deux théories les plus intéressantes qui ont été développées et mises en œuvre, à savoir, la police dite de la conservation d'une part, et d'autre part, la théorie récente de la gestion du domaine public opposée à celle de la police administrative. Il s'agit donc de théories-limites : ce n'est que dans la troisième partie, lorsque nous essaierons d'établir, d'une part l'unité, d'autre part la prédominance de la notion de police sur le domaine public, que nous réintroduirons l'activité de police que l'on pourrait qualifier de « banale », c'est-à-dire celle qui au problème du fondement et de la théorie ne pose pas de problème particulier, en somme, il s'agit de la police générale de l'ordre public, ou police de la circulation (1) ; bien entendu, cependant, il y sera très souvent fait allusion dans cette deuxième partie, notamment par le jeu de l'article 97 du Code de l'Administration communale.

Avant d'entamer le titre premier de cette deuxième partie, c'est-à-dire celui consacré à la police de la conservation, nous avons pensé qu'il était utile, sinon indispensable, de consacrer un paragraphe préliminaire à un aspect souvent évoqué des difficultés de toute étude domaniale, à savoir les difficultés nées du vocabulaire utilisé par les auteurs, par la jurisprudence et par les administrations, où l'on ne

(1) Dans sa séance du 14 avril 1965, le Conseil des Ministres a examiné un projet de loi, modifiant l'article 98 du Code de l'Administration communale (voir « Le Monde », 15 avril 1965), tendant à un renforcement « spécialisé » des pouvoirs des maires en matière de circulation automobile : il s'agit là, au point de vue théorique d'un aspect tout à fait intéressant des problèmes posés par la circulation automobile. Nous retrouverons ce genre de problème, ayant donné lieu à la même solution, après une évolution jurisprudentielle identique, lorsque dans notre 3e partie, nous étudierons les implications économiques de la domanialité.

manque pas de relever une certaine incohérence. Nous examinerons donc, dans un paragraphe préliminaire, ce problème, dont l'importance n'a pas besoin d'être soulignée.

Paragraphe préliminaire :
Essai de recensement et de clarification du vocabulaire domanial.

Ce n'est pas tant de difficulté ou d'incohérence qu'il faut parler, que d'anarchie. Chaque auteur, chaque Ecole, chaque période, chaque administration, chaque ordre de juridiction a son vocabulaire domanial. Il en est résulté une superposition de termes et de définitions qui obligent celui qui veut étudier un problème domanial, à faire un tri, et à propos de chaque ouvrage à se tenir sur ses gardes quant au sens donné aux mots par ceux qui les utilisent. De notre côté, c'est à un véritable inventaire que nous devons d'abord nous livrer.

Une deuxième source de difficultés, plus grave, mais paradoxalement plus méconnue, vient d'une dualité entre le vocabulaire domanial « juridique » (pour simplifier grossièrement, nous dirons qu'il s'agit du vocabulaire recouvrant des opérations administratives sur le domaine public opposables aux tiers) et le vocabulaire domanial « technique » (celui, en vigueur dans les différentes administrations, pour des opérations techniques qui n'intéressent en général que celles-ci : par exemple, vocabulaire en matière de voirie routière en usage au sein des Ponts et Chaussées). La difficulté se dédouble « doublement » si l'on peut dire, d'une part, en effet, au sein de chacun de ces deux ordres de vocabulaire les difficultés sont grandes — pour notre part, d'ailleurs, nous nous attacherons essentiellement, bien entendu, au vocabulaire que nous avons qualifié de « juridique » — d'autre part, les interférences entre les deux ordres de vocabulaire sont la source de difficultés plus grandes encore et qui sont certainement à l'origine de nombreuses méprises ou de mauvaises analyses juridiques. Ainsi, comme nous le verrons, il n'est pas exclu que la « théorie de la gestion » du domaine public (*infra*, titre 2) soit née en grande partie d'une assimilation progressive des pouvoirs de « gestion technique » qui ont toujours été ceux de certaines administrations (Ponts et Chaussées pour la voirie routière) à des pouvoirs de police que ces mêmes administrations recevaient sur délégation permanente (en particulier à dater du décret du 19 juillet 1934 repris par l'article R 53 du Code du domaine de l'Etat : la date n'est-elle pas en elle-même significative ? (voir *infra*, titre 2, le sens de cette époque dans l'évolution des modes d'administration du domaine public).

On aura une idée de la difficulté qu'il y a, au sein de l'administration même, à unifier le vocabulaire utilisé, lorsqu'on saura que si le ministre des Travaux publics a fixé par une circulaire n° 64 du 4 juillet 1957 (prise après avis du conseil général des Ponts et Chaus-

sées) la nomenclature des termes à utiliser en matière de technique routière, il aura fallu attendre une circulaire n° 723 du 29 décembre 1964 du ministre de l'Intérieur, pour rendre cette nomenclature applicable aux opérations concernant les voies communales et départementales (2). L'argument d'autorité ne pouvant pas jouer en ce qui concerne le vocabulaire de la doctrine, les difficultés sont là, pratiquement insolubles, chaque auteur sera obligé de fixer son vocabulaire ou d'indiquer celui qu'il a adopté.

A. — Le vocabulaire de la doctrine.

Rares sont les auteurs qui ont été conscients de l'anarchie du vocabulaire domanial. Parmi ceux-ci, il faut essentiellement citer M. de Laubadère et M. Teitgen (3). M. Teitgen, notamment, signale qu'il faut « éviter de regrettables confusions en distinguant soigneusement l'administration du domaine public, de sa police et la police générale de l'ordre public en tant qu'elle est exercée sur le domaine public ». M. Teitgen indique qu'il englobe sous « administration » les opérations d'expropriation, d'affectation, de désaffectation, de classement, de délimitation, d'alignement ainsi que les autorisations privatives, toutes ces opérations résultant de ce que M. Teitgen appelle le pouvoir domanial. Quant à la police du domaine public, il s'agirait essentiellement de celle qui a pour but d'assurer sa conservation, ce serait donc une police de la voirie. M. Teitgen critique dès lors la définition d'Hauriou qui (4) englobe, lui, sous police du domaine public d'une part, la police de la conservation, d'autre part, la police de l'usage public « là où cet usage a lieu ». Il y aurait là, selon M. Teitgen, une confusion entre la police de la conservation et la police générale de l'ordre public : mais on voit poindre ici le débat sur le fond, que nous verrons plus loin.

Mais la plupart des auteurs n'ont pas eu ce souci de clarification de M. Teitgen. Chez un seul auteur, Récy, dont le célèbre « Traité du domaine public » (qui constitue l'article Domaine public du répertoire Béquet-Laferrière) a fait autorité pendant longtemps (il est encore utilisable de nos jours), nous avons relevé les expressions suivantes : conservation, gestion, police, entretien, surveillance, garde (5), administration (6), protection (7), soit huit vocables dont le sens est

(2) Cf. « Les annales de la Voirie », janvier 1965, p. 1. Le ministre de l'Intérieur écrit : « Dans le souci d'éviter des confusions de langage, le ministre des Travaux Publics... a établi... une nomenclature des termes... ».

(3) De Laubadère, Thèse citée, p. 177, Teitgen, Thèse citée, p. 88 sq. M. Lenoir (*op. cit.*, p. 30) note qu'il est des textes qui « jouent avec les mots » telle l'ordonnance du 7 janvier 1959 qui utilise les termes de « reconnaissance », « incorporation » et « classement » sans discernement. C'est le moins qu'on puisse dire...

(4) Hauriou, 12e éd., p. 848. Ne varietur depuis la 1re édition.

(5) René de Récy : « Traité du domaine public », 2 tomes 1893, T. II, pp. 1 à 4.

(6) P. 175.

(7) P. 180.

fort proche. L'ingéniosité des auteurs ne s'arrête pas là. Un auteur parle de « l'administration en matière de grande voirie » (8). Bonnard parle encore de « l'administration de la voirie » (9).

En répudiant le droit de propriété sur le domaine public, avec le succès que l'on sait — du moins au XIX^e^ et début du XX^e^ siècle — Proudhon devait remplacer par quelque vocable neutre ce terme si commode. On a généralement parlé du droit de garde et de surintendance (10), mais aussi quelquefois de « superintendance » (11) ou de « surveillance et de police » (12), nous avons vu que le Conseil d'Etat venait de réhabiliter le terme de « gardien » (13), alors que Récy, pourtant hostile à la propriété du domaine public, le trouvait insuffisant (14) ; Berthélémy, lui, l'emploie couramment (15).

S'agissant de l'activité de police s'exerçant sur le domaine public, Laferrière (16) parle de police du domaine public qu'il définit ainsi : « La police du domaine public appartient à l'administration dans un intérêt général, en vue d'assurer la conservation, l'usage public, le bon entretien de ce domaine » ; Hauriou, nous l'avons vu, y englobe la police de l'ordre public et celle de la conservation. Proudhon parlait de police de la voirie (17), d'autres auteurs emploient indifféremment police de la conservation, de la grande voirie, opposée à la police de la circulation ou à la police générale de l'ordre public; Maroger, enfin, avait forgé le néologisme de « police de l'affectation » (18).

On le voit, le choix est très grand, avant d'indiquer le nôtre et de le justifier, il faut encore indiquer ce qu'il en est du vocabulaire employé par le législateur lui-même.

B. — Le vocabulaire du législateur.

Le législateur n'est pas en reste dans cette collection de termes domaniaux, dont nous n'avons d'ailleurs donné qu'un faible échantillon, nous bornant aux opérations domaniales qui nous intéressent.

La loi des 22 décembre 1789 — 8 janvier 1790 chargeait les administrations de département, sous l'autorité et l'inspection du roi, comme chef suprême de la Nation et de l'administration générale

(8) Maurice Block : « Dictionnaire de l'Administration française », 5^e^ éd. (1905) supplément 1907, T. II, p. 2641.
(9) Bonnard, 4^e^ éd., p. 441.
(10) Que l'on trouve encore chez Hauriou : 5^e^ éd., p. 610.
(11) F. Moreau : « Manuel de droit administratif (1909), p. 567, mais aussi dans les conclusions de Romieu sous l'arrêt « de Molembaix », 8 août 1892, Rec. p. 702.
(12) Récy, T. II, pp. 418-419.
(13) Arrêt dame Rapin précité.
(14) Récy, p. 418.
(15) Berthélemy, 13^e^ éd., p. 517.
(16) E. Laferrière, 2^e^ éd., T. II, p. 548.
(17) Proudhon, Traité T. I, p. 394.
(18) Maroger, p. 257.

du royaume de toutes les parties de cette administration relatives ... 5° à la conservation des propriétés publiques ; 6° à celle des forêts, rivières, chemins et autres choses communes. On sait que ce texte archaïque sert pratiquement encore de base à maintes interventions des préfets. Mais le sens du mot « conservation » y est ambigu, car il n'est pas ici, directement en rapport avec des textes pénaux. D'ailleurs, une loi du 11 septembre 1790 distingue entre « l'administration en matière de grande voirie » qu'elle attribue « aux corps administratifs » et la « police de la conservation » qu'elle attribue aux juges de district : c'est d'ailleurs contre la carence et l'incapacité des juges à exercer cette police que réagira la loi du 29 floréal an X sur la répression administrative des contraventions de grande voirie. On remarquera la confusion — dont on n'est jamais sorti complètement et qui constitue le fond même du problème — entre l'aspect de police et l'aspect répressif. Un décret des 7-14 octobre 1790 avait d'ailleurs défini ainsi cette « administration en matière de grande voirie » : « (elle) comprend dans toute l'étendue du royaume, l'alignement des rues, des villes, bourgs et villages qui servent de grande route ».

Il est important de relever l'ambiguïté qui entoure l'expression de police de la conservation : parfois d'ailleurs on a parlé, à l'époque, de « police *de* conservation » au lieu de « police de la conservation », ce qui ne fait qu'accroître les difficultés.

On relève les mêmes ambiguïtés dans le Code de l'Administration communale, dont l'article 75, charge le maire, « sous le contrôle du conseil municipal et la surveillance de l'administration supérieure :

1° de conserver et d'administrer les propriétés de la commune et de faire en conséquence, tous actes conservatoires de ses droits :

. . . . . .

5° de pourvoir aux mesures relatives à la voirie municipale... »

Il faut ajouter les pouvoirs propres de police du maire qui résultent des articles 96 et suivants, mais on remarquera que l'article 76 du code renvoie à ces articles 96 et suivants : il ne s'agirait donc dans l'article 75 que de simples mesures techniques : serait-ce dès lors ainsi qu'il faut entendre « pourvoir aux mesures relatives à la voirie municipale » : nous retrouverons ces problèmes lorsque nous étudierons la matière de la conservation au fond, dès maintenant, il convenait, nous semble-t-il, de signaler l'origine même de ces difficultés, dans la rédaction des textes.

Mentionnons aussi la célèbre loi du 30 mai 1865 sur « la police du roulage et les messageries publiques » : cette « police » a suscité certaines divergences dans la doctrine quant à sa qualification : certains auteurs y voyant une police de la voirie (c'est-à-dire de la conser-

vation) d'autres, une simple police de la circulation (19). Le débat paraît mal engagé, s'agissant ici, de « police » au sens de « réglementation » plutôt que d'activité, la loi du 30 mai 1851 ayant posé le principe général de la liberté et n'apportant que des restrictions limitatives (20).

Il faut enfin se reporter à une série de Codes qui intéressent tous, à des titres divers, la domanialité publique et le vocabulaire domanial et où l'on voit régner une anarchie totale dans l'emploi des mots : Code du domaine de l'Etat, Code du domaine public fluvial, Code des ports maritimes, Code rural et Code forestier, Code de la route enfin.

Ainsi, le Code des ports maritimes (21) traite dans son Livre III de « l'exploitation des ports maritimes », puis dans le titre premier il traite de la « gestion des ports maritimes » ! Un article 45 donne délégation permanente aux ingénieurs en chef du service maritime « pour effectuer tous actes d'administration » du domaine public maritime. Certes, il s'agit avant tout, dans ces Codes, de rassembler une série de textes jusque-là épars et cela constitue déjà en soi un progrès, mais l'anarchie du vocabulaire n'en ressort que mieux du rapprochement « typographique » ; faudra-t-il attendre que la jurisprudence détermine le sens respectif, s'agissant d'une catégorie unique de biens domaniaux, des termes « exploitation », « gestion » et « administration » ? Il s'agit pourtant de notions qui sont plus que voisines et qu'une analyse approfondie permettrait — et encore faudrait-il y mettre beaucoup de bonne volonté — seule de différencier.

De même, le Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure, traite en son titre III de la « conservation et gestion du domaine public fluvial », et l'article 31 stipule que les « Ingénieurs en chef de la navigation assurent ... la gestion du domaine public fluvial », l'article 32 reprend la délégation permanente ... pour effectuer « tous actes d'administration de ce domaine », l'article 33 étendant cette délégation aux pouvoirs d'autoriser les occupations temporaires du domaine public fluvial. Il semble difficile d'aller plus loin dans la multiplication des termes.

L'article 60 du Code rural — reprenant l'article 2 de la loi du 20 août 1881 — permet d'établir l'affectation à l'usage du public d'un chemin, par la destination de ce chemin (à l'usage public), jointe soit au fait d'une circulation générale et continue, soit à des

(19) Cf. Hauriou, 2e éd., p. 704. De Laubadère, Thèse citée, p. 29 sq (pour lequel « le roulage est beaucoup plus une question de voirie que de police »). Caullet : « Cours de police administrative et judiciaire », Sirey, 1955, 16e éd., nos 896 à 924. Aucoc, T III, 2e éd., n° 1137 sq.

(20) Jusqu'au décret du 28 décembre 1926, les contraventions à la loi du 30 mai 1851 étaient, selon les cas, portées soit devant les Conseils de préfecture, soit devant des juridictions judiciaires.

(21) Décret 56-231 du 27 mars 1956, *Journal Officiel* du 30-3-1956.

actes « réitérés de surveillance et de voirie de l'autorité municipale (22).

On peut signaler que l'ordonnance 59-115 du 7 janvier 1959 (*J.O.* du 9-1-1959, p. 634) dispose en son article 7 qu'un décret fixe ... « toutes dispositions relatives aux alignements, à l'écoulement des eaux, aux plantations, à l'élagage, aux fossés, à leur curage et à *tous autres détails de surveillance et de conservation* ».

On trouve dans l'ordonnance 58-1351 du 27 décembre 1958 et dans le décret 58-1354 du même jour, l'expression « police de la conservation », mais *uniquement* englobée dans l'expression « infractions à la police de la conservation », ce qui ne manque pas d'être curieux et révélateur sur l'ambiguïté totale de l'expression, aussi bien d'ailleurs que de l'utilisation de l'expression « police » que de l'expression « conservation », alors que l'ordonnance est dite « relative à la conservation du domaine public routier » et le décret relatif « à la répression de certaines infractions à la conservation du domaine public routier ». Il faut donc, on le voit que trop clairement, effectuer un tri parmi ces termes. Ce tri, nous l'effectuerons essentiellement au fur et à mesure, mais il convient, dès maintenant, de donner certaines précisions sur le vocabulaire cité et utilisé.

C. — Essai de clarification du vocabulaire.

Ce n'est pas dans le cadre de ce bref paragraphe consacré au vocabulaire (« à la nomenclature ») que l'on peut résoudre les problèmes du fond. Or il n'est que trop évident que, le plus souvent, les motifs qui guident un auteur dans le choix de ses termes de référence sont guidés par ses vues sur le fond, quand ils ne se confondent pas purement et simplement avec celui-ci. Ce n'est pourtant pas certain, et cela même dans les cas qui paraîtraient les plus clairs : ainsi en matière de « propriété » du domaine public, où le choix du terme et la position au fond semblent pourtant étroitement imbriqués. C'est qu'en réalité il se passe ici l'inverse du processus habituel : pour tous les autres termes c'est, en effet, le fond qui détermine le choix du vocable, pour la propriété c'est l'inverse, on a l'impression d'assister à une réaction quasi « affective » des auteurs devant le mot de propriété, ce vieux terme si classique, si clairement défini par le Code civil (article 544), que l'on trouve une sorte d'appréhension à l'appliquer à la domanialité publique. A ce stade, on le sait, le débat masque en réalité le seul débat important, celui concernant l'étendue des pouvoirs de l'administration, c'est ce qui explique l'attitude qui pourrait au premier abord paraître surprenante d'un auteur comme Récy qui écrit : « Le système qui nie la propriété du domaine public n'a contre lui que l'abus qu'on a voulu en faire, en

(22) L'intérêt d'établir cette affectation à l'usage du public est de permettre la reconnaissance comme chemin rural. La jurisprudence a parfois utilisé ce critère des « actes de surveillance et de voirie » : cf. Cass. D. 1905.I.396, D. 1910.I.480.

restreignant les pouvoirs et l'autorité de l'Etat sur ce domaine. Ne reconnaître à l'Etat qu'un simple droit de garde et de police sur les choses du domaine public reviendrait à prétendre que ce domaine n'appartient à personne et la raison repousse cette conséquence. Mais, pour y échapper, l'hypothèse d'un droit de propriété de l'Etat n'est point indispensable. » Récy parlera donc de l'appartenance de ces biens à l'Etat et d'un droit de propriété publique (23).

Cette longue citation qui semble rouvrir le débat sur la propriété du domaine public, n'a eu pour objet que de montrer que l'interférence entre le fond et le choix du vocable est parfois beaucoup plus grande qu'on ne le pense et qu'elle n'est pas toujours à sens unique, c'est-à-dire que ce n'est pas toujours la position sur le fond qui détermine le choix, mais que l'inverse peut être vrai également.

En premier lieu, il convient d'écarter complètement un certain nombre de termes soit par archaïsme, soit parce que usités ou proposés par un seul auteur.

Ainsi, à l'heure actuelle, on n'emploie guère plus les vieux termes proudhoniens et post-proudhoniens de surintendance et de superintendance, alors qu'il y a un regain pour le terme de garde et de gardien du domaine public, regain qui annonce peut-être une remise en cause de la notion de propriété du domaine public.

Il est plus difficile — mais aussi plus important — d'effectuer un tri convenable entre les termes si voisins de « gestion », « administration » et « exploitation ». Il semble d'ailleurs qu'il y ait là comme une sorte de gradation : le terme le plus classique est sans conteste celui d'administration qui est assez neutre, on le trouve chez Récy (24) avec le sens général de gestion (moderne), administration et gestion sont employés tout à fait indifféremment par Récy. Dans le chapitre intitulé « Administration » du domaine public, Récy examine les « modes de jouissance dont le domaine public est susceptible » et ensuite, essentiellement les aspects financiers de ces « modes de jouissance ». Hauriou, lui, englobe sous « administration » les « matières » suivantes : « affectation et désaffectation, classement et déclassement ; délimitation et alignement ; police de la voirie ; utilisations individuelles du domaine public; permis et concessions d'occupations temporaires » (25) : c'est-à-dire pratiquement l'ensemble des activités administratives supportées par le domaine public : le terme « administration » y perd toute signification propre.

Un auteur nous rappelle que : « Au siècle dernier, la police et l'administration étaient confondues, ce qui s'explique à une époque où il n'y avait pas ou presque pas de services publics à gérer. » (26). Mais, depuis cette époque, les deux notions ont constamment tendu

(23) Récy, T. I, p. 418, n° 542.
(24) Récy, T. II, p. 174 sq.
(25) Hauriou, 12e éd., p. 829.
(26) Guillouard : « Notion juridique des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives », Thèse, Caen, 1903, p. 23.

à se dissocier : il ne s'agit d'ailleurs là que d'un aspect particulier de la discussion doctrinale sur l'opposition entre police et service public (27).

En ce qui concerne le domaine public, c'est la gestion qui a pris, à l'époque contemporaine, le relais et qui s'oppose à la police. A l'heure actuelle, on ne parle plus guère d'administration du domaine public, mais le plus souvent de gestion du domaine public, puis finalement d'actes de gestion par opposition aux classiques actes de police. Nous n'emploierons donc pas le terme d'administration du domaine public, du moins dans un premier temps, où nous nous contentons de la « gestion » et où nous étudierons les conséquences juridiques de cette gestion ; dans un second temps, après avoir rejeté cette idée de gestion — dans son acception et avec ses résonances actuelles — nous pourrons réintroduire l'expression « administration », mais en marquant nettement les limites que nous entendons reconnaître à cette forme d'activité sur le domaine public, spécialement par rapport à la notion d'activité de police sur le domaine.

Quant à l'expression « exploitation du domaine public », elle nous paraît franchement condamnable, quoiqu'elle connaisse une certaine vogue et traduise peut-être certaines nécessités économiques réelles : précisément, nous montrerons, dans notre dernière partie, les implications économiques de la domanialité publique, en insistant plus particulièrement sur ses limites. Parler d'exploitation du domaine public revient à y introduire un langage commercial, qui, malgré les formes modernes de « la gestion » du domaine public, n'est absolument pas compatible avec l'affectation fondamentale du domaine public (28) : il est d'ailleurs significatif que l'on parle essentiellement de l'exploitation du domaine public à propos de certaines catégories de biens domaniaux tout à fait particuliers, tels les ports maritimes, ou même les chemins de fer (29), dont la domanialité unanimement admise, nous paraît cependant contestable, car elle repose sur une analyse extensive de la notion de « grande voirie » dont nous indiquerons, longuement, qu'elle est loin de pouvoir se superposer à celle de domaine public (30). Certains arrêts, curieux, traduisent une certaine ambiguïté et comme une certaine réticence, mais il s'agit là d'exceptions, car la domanialité des chemins de fer est fermement acquise (31).

(27) C'est là, par exemple, tout le sens de la recherche de M. Papanicolaidis, dans son ouvrage précité, qui essaie de montrer — en donnant un sens extensif à la police — qu'il n'y a pas irréductibilité entre police et service public.

(28) Cf. les remarques de M. Auby dans son article précité (E.D.C.E. 1958), p. 39 (« ... le domaine public correspond malgré tout essentiellement à une mission d'intérêt général... »).

(29) Loi du 15 juillet 1845 soumettant les chemins de fer à la grande voirie. Il est vrai que les travaux préparatoires sont incontestablement en faveur de la domanialité publique (cf. Récy, T. I, p. 270).

(30) *Infra*, 2e partie, Titre II.

(31) Cf. cependant la rédaction curieuse et contradictoire d'un arrêt « S.N.C.F. » du 20 juin 1958, Rec. p. 367.

Nous n'insistons pas ici sur la notion de conservation qui sera étudiée à loisir, mais nous pouvons faire quelques remarques sur des notions — techniques — assez voisines, essentiellement celle d'entretien. Nous trouvons dans Littré des précisions intéressantes (sens n° 4) ; il définit, en effet, ainsi le mot : ... « ... Réparations qu'exigent certaines choses pour être tenues en état. L'entretien du pavé. En état de bon entretien ... Termes de Ponts et Chaussées. Entretien simple, travail qui a pour objet la simple réparation d'une chaussée pavée. Entretien court, se dit de tous les travaux ordinaires qui s'exécutent annuellement dans les attributions des Ponts et Chaussées, du Génie et de l'artillerie. » Ces remarques sont intéressantes, car elles mettent une fois de plus en évidence ce que nous indiquions plus haut, à savoir la confusion qui s'établit parfois entre des termes domaniaux « juridiques » et des termes domaniaux « techniques ». L'entretien est donc conçu comme une opération technique, de routine, interne à l'administration (32). On aperçoit déjà comment à travers la sécurité (police générale de l'ordre public) on pourra faire la jonction avec les notions de conservation, réparation, entretien : nous avons relevé chez Maroger ce titre significatif de l'un de ses chapitres : « L'emploi des moyens techniques de protection en vue d'assurer la police de la destination des biens affectés à l'usage public. » (32).

Nous n'avons pas exposé ici les divergences doctrinales sur l'expression même de police du domaine public qui a été critiquée par certains auteurs quant au bien-fondé de l'appellation (33) ou quant au contenu (34) : mais ici il s'agit alors véritablement du fond de la domanialité publique.

(32) MAROGER, *op. cit.*, p. 256.

(33) Notamment l'opinion très « vigoureuse » de PERRINJAQUET, *op. cit.*, p. 41 sq qui rejette catégoriquement l'appellation « police du domaine public » : il y aurait confusion entre police et puissance publique.

(34) Cf. par exemple, J. PHILIBERT : « Le but et les motifs de l'acte administratif », Thèse, Bordeaux, 1931, p. 64 sq. Hauriou, 12e éd., p. 848. TEITGEN, *op. cit.*, p. 88 sq. E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. II, p. 548.

TITRE PREMIER

MISE EN CAUSE DE LA NOTION DE POLICE DE LA CONSERVATION

Le problème de l'existence d'une police de la conservation a été très âprement débattu à certaines périodes, notamment durant la grande période pour les études domaniales qu'a constitué l'entre-deux-guerres. Peut-être les discussions autour de l'existence d'une police de la conservation du domaine public sont-elles retombées et ont-elles perdu de leur âpreté, mais le problème subsiste, et si la plupart des auteurs semblent admettre l'existence d'une telle police dans les Manuels et Traités, rares sont ceux qui, tel M. de Laubadère, en présentent une explication globale et cherchent à lui donner un fondement juridique. L'importance de cette question est donc certaine et nous allons essayer de présenter une vue d'ensemble de cette question de l'existence d'une police de la conservation du domaine public.

Un chapitre premier sera consacré à une présentation analytique de cette police de la conservation, présentation que nous pouvons qualifier de traditionnelle.

Le chapitre second sera consacré à une critique de cette idée de police de la conservation, ainsi qu'à un essai de présentation de la conservation dans le cadre de la police d'une part, de la gestion du domaine (dans un sens étroit) d'autre part.

CHAPITRE PREMIER

Présentation « traditionnelle » de la police de la conservation du domaine public.

La remarque en a souvent été faite : les juristes, spécialement la Doctrine, aiment à pouvoir s'appuyer sur des distinctions claires et totales, sur de véritables dichotomies. Ainsi, par exemple, de la célèbre distinction-opposition entre police et service public, il y en a bien d'autres encore, dans toutes les branches du droit, spécialement du droit administratif (légalité-opportunité ; publication-notification des actes réglementaires-actes individuels, etc.) : on s'aperçoit le plus souvent, en approfondissant quelque peu, que l'opposition n'est pas aussi radicale qu'on ne le dit et qu'à tout prendre elle se résout à fort peu de choses en réalité. L'opposition entre la police générale de l'ordre public exercée sur le domaine — en forme de police de la circulation — et de la police de la conservation relève de ce « besoin » : M. J.-J. Chevallier peut ainsi présenter comme « fondamentale en droit administratif » la distinction entre « le pouvoir domanial et le pouvoir de police » (1), il est vrai qu'il doit ajouter de suite que l'utilisation pratique de cette distinction est « dans maintes hypothèses extrêmement délicate ». Certes cette opposition est commode, claire tant au point de vue logique qu'au point de vue pédagogique. Pour autant, nous ne pensons pas qu'elle corresponde à la réalité, mais avant de présenter nos critiques à cette idée, nous allons essayer de voir comment elle a été présentée par la doctrine et la jurisprudence. Nous étudierons dans une section première l'apparition de l'idée d'une police de la conservation, dans une section seconde, nous exposerons les thèses des principaux auteurs qui se sont penchés sur le problème, enfin, la section troisième sera consacrée au droit positif : législation et jurisprudence.

(1) Thèse citée, p. 134.

Section I

L'APPARITION DE L'IDEE D'UNE POLICE DE LA CONSERVATION

§ 1. — Aperçu général sur l'évolution de l'idée.

On sait que l'idée d'une police de la conservation, spécifique, est née avant tout de l'existence d'un régime répressif autonome en matière de voirie terrestre et fluviale aussi bien qu'en ce qui concerne les rivages de la mer et les ports maritimes. Or ce régime autonome est bien antérieur à la Révolution puisque l'article 29 de la loi des 19-22 juillet 1791 « confirme provisoirement les règlements qui subsistaient touchant la voirie, ainsi que ceux existant à l'égard de la construction des bâtiments et relatifs à leur solidité et sûreté » (2), de même l'article 484 (ancien) du Code Pénal dispose que pour tout ce qui n'est pas inclus dans le Code, les lois et règlements particuliers seront appliqués et, au Corps législatif il avait été expressément affirmé que cela vise entre autre « la formation, l'entretien et la conservation des rues, chemins, voies publiques, ponts et canaux ... la construction, l'entretien, la solidité, l'alignement des édifices et les matières de voirie ». La date de la Révolution présente d'ailleurs une importance en ce qui concerne même la répartition du contentieux, puisque pour ce qui est des infractions à des règlements antérieurs à 1789 ou à des règlements (préfectoraux) pris en application de tels textes, le contentieux est assimilé à celui de la grande voirie (3), même s'il ne s'agit que d'atteintes à la « circulation ». Pourtant, nous avons vu que Nicolas Delamare ne fait pas de la conservation une catégorie particulière : c'est en quelque sorte tout naturellement qu'il fait de la voirie un élément de sa définition si générale de la police (4). La conservation entre en quelque sorte par effraction dans le vocabulaire domanial : pendant la période du petit code domanial de 1790, puis pendant la plus grande partie du XIX^e^ siècle, on

(2) On le sait, ces textes sont très nombreux. On en trouvera une liste exhaustive (arrêtée en 1836) dans la « Collection complète... des lois, édits, ... ordonnances, etc. antérieurs à 1789 et restés en vigueur » de M. Walker (1836-37) ; chaque texte domanial post-révolutionnaire amène son lot de textes antérieurs à 1789 abrogés, comme si cette liste était inépuisable (cf. par exemple, les textes abrogés par l'ordonnance 58-1351 du 27 décembre 1958, précitée, article 9, D. 1959.135).

(3) Il s'agit uniquement du domaine public fluvial et maritime. Cf. Aucoc (3^e^ éd.) T. I, p. 78 sq, n° 32 sq. E. LAFERRIÈRE, T. II, p. 640. J.-J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 73 sq (pour voirie fluviale) et 87 sq (pour les ports) et surtout GIUDICELLI : « Les contraventions de grande voirie », Thèse, Paris, 1957, pp. 14-15. La raison en est la répression administrative des deux catégories d'infractions organisées par l'ordonnance de 1681 et l'arrêt du Conseil du 24-6-1777.

(4) *Supra*, p. 49.

parle plutôt de « police et conservation » que de police de la conservation (5). Récy parle de la conservation du domaine public, non de la police de la conservation : même attitude, par exemple, chez un auteur qui étudie dans un ouvrage très complet le domaine public militaire, au début du XX[e] siècle (6) et qui parle de « la conservation et de la police du domaine public militaire » ; de même aussi Maguero qui, dans son Dictionnaire des Domaines, traite de « la police et la conservation du domaine public » (7).

L'article 9 de la loi du 20 août 1881 dispose que « l'autorité municipale est chargée de la police et de la conservation des chemins ruraux ». Hauriou, s'il traite de la police du domaine public dans laquelle il englobe la « police de la conservation », n'a pas approfondi la question.

A quel moment le débat est-il né ? ? On peut le situer de manière assez précise, par le recoupement de certaines dates : ainsi, dans la littérature juridique française, les premières pages qui abordent de front la question de l'existence d'une police de la conservation datent de 1908, elles figurent dans la thèse de Julien Laferrière (8). Or on constate, au même moment, la parution d'un important article en langue allemande dans la revue « *Archiv für öffentliches Recht* », consacré à une « Etude des limites du pouvoir de police en droit français, et une comparaison avec le droit prussien » (9), article fort bien documenté sur le droit français (l'auteur ne connaît pas encore la thèse de J. Laferrière) et qui aborde le problème de la police de la conservation, en droit français, de manière très précise : il s'agit d'un article de très grande valeur, très au fait des questions de droit administratif français (10). Il semble donc que cette époque (1908-1909) ait vu « naître » le problème de l'existence d'une police de la conservation en termes modernes. On en trouvera une autre preuve dans le fait que Moreau, dans son Traité de droit administratif (1909), utilise l'expression dans son sens le plus moderne (11), alors que Léchalas (12) dont les développements sur les questions domaniales sont toujours très complets, n'aborde la question si l'on peut dire qu'à moitié : « La question de la conservation du domaine public se

(5) Mais la loi du 11 septembre 1790, précitée, avait déjà utilisé l'expression « police de la conservation ».

(6) Constant BERTOUT : « Le domaine public militaire », Thèse, Paris, 1909, pp. 710-740.

(7) Dictionnaire des Domaines, 2[e] éd., p. 431 : mot « domaine ».

(8) J. LAFERRIÈRE : « Le droit de propriété et le pouvoir de police », Thèse, Paris, 1908, pp. 35, 36, 37, 38.

(9) « Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht (Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechts) » par Kurt WOLZENDORFF, Archiv für öffentliches Recht, 1909, T. 24, pp. 325-393.

(10) Cet article sera longuement analysé, *infra*, chapitre 2, section 1.

(11) MOREAU, *op. cit.*, p. 599.

(12) LÉCHALAS : « Manuel de droit administratif », 1898, T. II. Il s'agit de « Conférences à l'Ecole des Ponts et Chaussées ».

présente principalement sous la forme répressive ; elle constitue avant tout une question de police et comme telle a fait grande partie l'objet du chapitre XXV consacré à la police de la grande voirie et, dans une mesure un peu moindre, celui du chapitre XXVI traitant de la simple police » (13). Ces lignes sont pour le moins ambiguës, si l'on songe qu'elles sont écrites en introduction du chapitre intitulé : « conservation et gestion » du domaine public; on peut y voir l'annonce de la conception moderne de la police de la conservation, qui s'épanouira quelques années plus tard.

Certes, cela n'aurait aucun sens d'affirmer que l'idée moderne d'une police de la conservation est « née » tel jour ou même dans tel article ou dans telle thèse, en réalité, l'idée est née d'un mouvement plus général, et vers 1908-1909, on peut dire qu'il s'agissait d'une idée « en l'air » qui devait éclore en forme élaborée. On constate, en effet, qu'à partir de cette date (14), la plupart des auteurs l'accepteront, parfois sans même la discuter — ce qui pourrait indiquer qu'elle a conquis ce que l'on pourrait appeler le « droit commun » de la doctrine — quant aux auteurs qui la rejettent, ils motivent soigneusement leur opinion : aucun, en tout cas, n'ignore le problème. On verra même un auteur dire qu'il s'agit d'une « expression impropre », mais finir par l'employer dans le corps du Précis (Bonnard) : pourtant, dans sa thèse qui date de 1904, Bonnard ne parlait encore que de « police et conservation de la voirie » (15).

Cependant, l'on peut dire que ce n'est qu'à partir de la thèse de M. de Laubadère que l'idée de police de la conservation trouvera sa véritable forme, puis ensuite à travers les différentes éditions du « Traité élémentaire »; M. de Laubadère lui donnera, en effet, un fondement juridique solide — quoique discutable et discuté — l'idée de propriété de la voirie et en présentera une description complète (16). M. Teitgen aborde lui aussi la question, mais de manière moins complète, de même que Jansse. Enfin, Maroger est lui aussi assez explicite (17). On trouve aussi des passages fort importants chez M. Watrin (18). Nous étudierons la plupart de ces opinions dans la section 2.

Nous remarquerons que MM. Waline et Vedel ne parlent plus de police de la conservation dans les dernières éditions de leurs

(13) Léchalas, p. 184 (T. II), cf. aussi p. 3 sq.

(14) En 1910, Jèze se montre réticent et distingue entre la police proprement dite et la conservation de la chose publique, R.D.P. 1910, p. 703 sq.

(15) Bonnard, Précis, 3e et 4e éd. (p. 418 et p. 656). Pour Bonnard, l'utilisation de l'expression impropre de police de la conservation est le résultat de l'incertitude qui règne sur le sens exact du mot police. Cf. aussi sa thèse : « Les contraventions de grande voirie », Thèse, Bordeaux, 1904.

(16) Thèse p. 228 sq et Traité, 3e éd., T. II, p. 164 sq.

(17) Maroger, p. 257 sq.

(18) « Quelques rapports entre les notions de Police, Domaine public et Service public », R.D.P. 1936, pp. 147-182.

Traités (19), alors que M. Papanicolaidis intègre la « protection de l'intégrité du domaine public » à sa définition extensive de la notion de police administrative.

Mais, avant d'étudier les différentes conceptions de la police de la conservation, il convient d'exposer la manière selon laquelle les différents éléments qui composent cette théorie se sont progressivement dégagés, ainsi que les circonstances historiques qui l'ont entourée.

§ 2. — L'apparition progressive des éléments composant la police de la conservation.

On peut dire que la théorie moderne de la police de la conservation du domaine public est née essentiellement de la rencontre de deux éléments forts différents l'un de l'autre, mais dont la rencontre ou la simultanéité n'est pas fortuite : d'une part l'affirmation du droit de propriété sur la voirie, d'autre part, le développement de l'automobile : il est cependant certain que le développement de l'automobile est lui-même à l'origine du développement de la théorie du droit de propriété.

A. — Le développement de la théorie du droit de propriété.

La plupart des auteurs, nous le verrons qui, d'une manière ou d'une autre, admettent la police de la conservation, associent d'une manière ou d'une autre cette théorie à l'existence d'un droit de propriété. Nous avions signalé que c'était chez J. Laferrière que l'on pouvait trouver les premières lignes abordant de front le problème de la police de la conservation du domaine public, il écrit : « ... Nous sommes tentés de dire, en employant *brevitatis causa* une expression dont nous reconnaissons l'impropriété juridique, que c'est en qualité de *propriétaire que l'administration* prend les mesures nécessaires pour conserver le domaine dans sa consistance légale en réprimant les usurpations, ou pour y incorporer des éléments nouveaux. » (20).

Wolzendorff est tout à fait conscient du problème : il n'admettra pas l'existence d'une police de la conservation, arguant notamment du fait qu'une police aussi importante par ses conséquences juridiques ne peut avoir été « oubliée » par le législateur, ou ne peut être comprise dans l'énumération non limitative de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 qui prévoit pourtant jusqu'au nettoiement des rues et à l'éclairage public ; mais il va beaucoup plus loin encore, et se basant sur l'hypothèse encore générale au début du siècle, que, en droit français, le domaine public n'est pas objet de propriété, il montre que le problème ne changerait pas de nature si l'on admettait le

(19) M. Waline utilisait pourtant l'expression dans les premières éditions de son traité (cf. 2e éd., p. 573 : « la police de la conservation, destinée à prévenir les dégradations »).

(20) J. Laferrière, Thèse citée, p. 37.

droit de propriété (en particulier, le droit prussien de l'époque auquel il compare constamment le droit français admettait, lui, un véritable droit de propriété privée de l'Etat sur le domaine public), car selon Wolzendorff, admettre la police de la conservation, c'est admettre, d'une manière ou d'une autre, l'existence de caractères patrimoniaux dans la police (21).

Il faut aussi se souvenir qu'Hauriou au moment même où, dès ses premières éditions il commence à employer l'expression « police de la conservation » (qu'il englobe dans sa définition de la police du domaine public, en y rajoutant la police de l'usage public), commence aussi à mener sa vigoureuse campagne pour l'admission d'un droit de propriété de l'administration sur le domaine public (22).

Enfin, comme nous l'avons déjà indiqué, c'est chez M. de Laubadère que la théorie de la police de la conservation prendra sa forme la plus élaborée, or M. de Laubadère a entièrement basé ses raisonnements sur la propriété administrative de la voirie, à laquelle il fait produire les conséquences les plus complètes (23).

B. — Le développement de l'automobile et la théorie de la police de la conservation.

Il est évident que le problème de la conservation des voies routières a été complètement renouvelé par l'apparition des automobiles. M. de Laubadère écrit fort justement que « de toutes les questions que pose ou rajeunit l'usage généralisé de l'automobile, c'est une des plus irritantes que celle de la protection de la voie et des dégradations des routes » (24). En effet, la circulation des voitures attelées ne risquait guère de provoquer de véritables dégradations aux routes, nécessitant des réparations autres que l'entretien normal de la voie par le service des Ponts et Chaussées.

On remarquera que l'époque à laquelle nous avons situé ce que l'on peut appeler improprement la « naissance » de l'idée d'une police de la conservation est précisément celle où l'automobile commence à devenir assez répandue (très relativement bien sûr) : dès cette époque, la plupart des arrêts qui aborderont la question sont des arrêts ayant trait à des dégradations causées par la circulation d'automobiles ou surtout de camions (25), c'est d'ailleurs le développement de l'automobile qui explique le décret-loi du 28 décembre 1926 concer-

(21) Wolzendorff, article cité, p. 360 sq.

(22) Voir notamment sa note sous l'arrêt « Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans », 16 juillet 1909, Sirey, 1909.3.97, ainsi que sous « Jacquemin », 24 février 1911, S. 1912.3.73, pour ne s'en tenir qu'aux écrits datant de l'époque de la « naissance » de la théorie de la police de la conservation.

(23) Voir *infra* la police de la conservation selon M. de Laubadère.

(24) Thèse citée, p. 49.

(25) Les deux premiers arrêts sont : C.E. 15 avril 1910, Rec. p. 320, note Jèze, R.D.P. 1910, pp. 695-712 (Société des autom. Brasier) ; C.E. 27 février 1914, Bastin, Lombard et Cie, Sirey, 1914.3.81, note Hauriou qui pose bien le problème et propose diverses solutions.

nant « l'unification des compétences en matière de police de la circulation et de la conservation des voies publiques » (26) qui ôte aux Conseils de Préfecture la connaissance des contraventions de grande voirie en matière routière, mais conserve à ceux-ci la compétence en matière fluviale, maritime ainsi que pour les chemins de fer : c'est que seule, bien sûr, la voirie routière avait été atteinte par le progrès de l'automobile : l'unification du contentieux en cette matière est apparue — et est encore — la seule réponse du droit positif au développement de l'automobile, on peut d'ailleurs se demander si cette unification laisse subsister, là où elle serait la plus nécessaire, une « police (autonome) de la conservation » (27).

Une fois de plus, nous pouvons renvoyer à M. de Laubadère qui, dans sa thèse, a synthétisé cette double évolution et qui est précisément intitulée : « L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques. »

Nous savons maintenant comment l'idée de la police de la conservation est apparue et comment elle a été progressivement mise en place, nous pouvons donc maintenant l'étudier à travers la présentation qu'en ont donnée certains auteurs.

Section II

LA POLICE DE LA CONSERVATION DANS LA DOCTRINE

Il pourra paraître curieux que nous n'ayons pas tenté de donner une définition globale de la police de la conservation, ni essayé d'en donner une description générale en droit positif. C'est qu'en réalité cela est encore impossible. Nous avons déjà souligné que l'origine de la théorie du domaine public est essentiellement doctrinale : pour la police de la conservation, ce phénomène est encore plus accentué, car il s'agit d'une théorie qui n'est même pas admise par l'ensemble de la doctrine, ni par la jurisprudence. Avant d'essayer d'avoir une vue d'ensemble sur le problème de la police de la conservation du domaine public, il faut donc commencer par analyser les opinions d'un certain nombre d'auteurs qui se sont spécialement penchés sur cette question, négligeant ceux qui n'ont fait que l'aborder au passage (28).

(26) *J.O.*, 30 décembre 1926 ; ce texte a été abrogé et repris sans grande modification par l'ordonnance précitée, 58-1351 du 27 décembre 1958 (voir Lois Nouvelles, 1928, p. 62, commentaire de Charlotte Béquignon).

(27) Sur certains éléments de cette controverse, cf. Giudicelli, Thèse citée, p. 17, n° 6.

(28) Citons Moreau (*op. cit.*, p. 599) qui définit la police de la conservation comme comprenant d'une part les règles contenues dans la loi du 29 floréal, an X, et d'autre part les règles imposées aux seules propriétés riveraines, les grevant de charges au profit de la route. Il opère également une distinction — que nous l'avons trouvée que chez lui — entre les « règlements pour la police du domaine

Cette section sera donc consacrée à l'étude d'un certain nombre de positions sur la police de la conservation : J. Laferrière, M. de Laubadère, M. Teitgen, M. Jansse, enfin G. Maroger.

§ 1. — La notion de police de la conservation chez J. Laferrière.

Chez J. Laferrière, en fait, la notion de police de la conservation est loin d'être parfaitement élaborée, comme nous allons le montrer, aussi n'est-ce pas tant ce qui compte dans les quelques dizaines de lignes que J. Laferrière consacre au problème de l'existence et de l'appellation d'une police de la conservation du domaine public : en réalité, ces lignes ont beaucoup plus une valeur « historique » car, comme nous l'indiquions, il s'agit des premiers passages abordant de front ce problème.

Il faut d'abord rappeler que le passage relatif à la conservation se trouve dans le chapitre premier relatif à la « Compétence de la police » et plus particulièrement dans la section première intitulée : « l'objet de la police » qui étudie successivement les différentes composantes de l'ordre public : tranquillité, sécurité, salubrité (p. 29-45). J. Laferrière s'appuie essentiellement sur les textes qui « ont organisé la police municipale » et cite les textes intervenus avant la grande loi de 1884, c'est-à-dire la loi du 14 décembre 1789 (29), puis la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire (30), enfin la loi de 1884 (art. 97) qui ne modifie que sur deux points le texte de 1790 : d'une part en introduisant le « bon ordre » qui jusque-là ne figurait pas dans les lois municipales, d'autre part en allongeant l'énumération (qui compte désormais huit points au lieu de six) et en supprimant le caractère limitatif, puisque ... « la police comprend notamment... ».

public » et les règlements de police : les premiers ayant pour objet d'assurer l'intégrité du domaine public (p. 598). DUPRAT, Thèse citée, p. 80 sq : « ... la conservation du domaine public doit être rattachée à l'exercice de la propriété administrative, et non de la police... Bref, s'il est parfois commode de parler d'une police de la conservation on ne doit jamais oublier qu'il s'agit là d'un langage impropre, recouvrant des mesures de gestion domaniale ». COUTELAN (Jean) : « Le détournement du pouvoir de police dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration », Thèse Paris, 1947. Cf. p. 121 sq ; essaie de rattacher la conservation à la sécurité de la circulation et de la détacher de « l'économie budgétaire ». BERTHÉLEMY (13e éd., p. 516) : « La police de la grande voirie a pour objet la *conservation* des routes et la *sécurité* de la circulation. »

(29) La loi du 14 décembre 1789 se borne à ranger parmi les fonctions propres au pouvoir municipal, le soin « de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la sûreté et de la tranquillité des rues, lieux et édifices publics ».

(30) « Les matières de police confiées à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont : tout ce qui concerne la sûreté et commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques... »

Néanmoins, pour J. Laferrière, la loi de 1884 n'est pas plus « compréhensive » que les textes antérieurs : le but de la police reste le même qu'avant 1884 : essentiellement il se résume en « ordre public », l'ordre public, comprenant avant tout les trois éléments de tranquillité, sécurité, salubrité publiques : on en arrive à l'objet même de la thèse de J. Laferrière, lorsqu'il dit que « c'est au cas seulement où l'exercice du droit de propriété constituera une menace pour l'un ou l'autre de ces éléments de l'ordre public, que le pouvoir de police le pourra soumettre légitimement à un système de restrictions préventives ».

Tel est le cadre dans lequel va être posé le problème de la police de la conservation du domaine public.

En effet, M. J. Laferrière vient, ni plus ni moins, que de donner une définition générale de l'objet de la police, et c'est en se demandant si cette définition n'est pas trop étroite qu'il en arrive à poser le problème de la « police du domaine public ».

Or la manière même d'aborder la question est significative : il signale, en effet, que « nous éliminons, en effet, de la notion de police un certain nombre d'éléments que l'on y fait parfois rentrer, *tout au moins par une habitude de langage,* mais qui nous paraissent lui être étrangers » (31) et il précise que « c'est ainsi que l'on parle de la police du domaine public » et il rappelle les définitions que donne Hauriou (dans sa 6e édition, pp. 612 et 627). J. Laferrière critique ensuite ainsi cette définition : « L'acte administratif qui a pour but d'assurer la conservation du domaine ou son aménagement, d'en étendre les limites, de prévenir les empiètements, n'est pas fait par l'administration *en vertu de son pouvoir de police.* L'opération se présente alors comme un certain mode de gestion d'un patrimoine administratif, et dans *la police il n'y a aucun élément patrimonial.* Nous sommes tentés de dire, en employant *brevitatis causa* une expression dont nous reconnaissons l'impropriété juridique, que *c'est en qualité de propriétaire* que l'administration prend les mesures nécessaires pour conserver le domaine dans sa consistance légale en réprimant les usurpations, ou pour y incorporer des éléments nouveaux. » (32). Plus loin, J. Laferrière aura cette formule imagée : « Il n'y a donc pas une police du domaine, mais une police de certains faits qui ont le domaine pour théâtre, et qui, parce qu'ils constituent une menace pour la sécurité ou la salubrité, rentrent dans la notion générale de police. » (33). Mais l'ambiguïté fondamentale qui plane sur la notion de police de la conservation du domaine public n'est cependant pas levée, car J. Laferrière précise plus loin que : « A cette distinction, selon la nature de l'acte, répond la distinction des contraventions de police et des contraventions de voirie. »

(31) P. 36.

(32) Il n'est peut-être pas inutile de souligner que la thèse de J. Laferrière est présidée par H. Berthélemy...

(33) P. 38.

En fait, l'un et l'autre élément se mélangent souvent de façon très étroite, mais ils n'en sont pas moins distincts juridiquement, et cette distinction, la loi du 31 mai 1851 sur la police du roulage l'a consacrée en édictant tantôt la compétence du conseil de préfecture, tantôt celle de l'autorité judiciaire. Cette répartition de compétence peut être critiquée dans son détail, mais au fond elle s'inspire bien de l'idée qu'il y a une différence de nature entre les injonctions dont l'objet est de prévenir un dommage au domaine public, et celles qui sont édictées dans le seul intérêt de la sécurité de la circulation.

Il nous faut donc maintenir cette idée que le pouvoir de police n'a d'autre objet que le bon ordre dans son triple élément de sécurité, tranquillité et salubrité, et qu'il n'y a pas exercice de ce pouvoir dans les décisions prises en vue d'un intérêt patrimonial, soit direct, soit indirect. » (34).

Cette longue citation était indispensable pour montrer comment, dès l'origine, une totale ambiguïté a plané sur la notion de police de la conservation : cela nous paraît parfaitement clair chez J. Laferrière, qui exclut la conservation de sa définition de la police (ce qui semble aller de soi), mais qui, d'autre part, indique que certaines infractions sont réprimées pénalement qui n'entrent pourtant pas dans sa définition de la police : en effet, la construction n'est logique qu'en apparence, elle consiste à mettre d'un côté une police entendue très strictement et de l'autre un pouvoir patrimonial, accompagné d'une répression pénale.

La confusion tant sur le fond qu'en ce qui concerne le vocabulaire, nous paraît totale lorsque quelques pages plus loin (35), J. Laferrière étudie certaines charges qui pèsent sur les propriétés riveraines des voies publiques : « Mais entre ces obligations, il faut distinguer suivant la source d'où elles procèdent. Certaines, et parmi les plus onéreuses, doivent être rattachées non à l'exercice du pouvoir de police, mais aux droits que l'administration possède sur le domaine public... Telle (aussi) toute la réglementation relative aux saillies ; leur construction constitue de la part du propriétaire une entreprise sur le domaine public ; ... la suppression en peut toujours être ordonnée, sans que l'autorité ait besoin de démontrer l'existence d'une gêne ou d'un danger pour la circulation publique elle réprime un empiètement sur le domaine public en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent pour la protection de ce domaine, elle agit dans l'intérêt du patrimoine administratif dont la *gestion* lui a été confiée... *ce n'est pas de la police pure, mais de la police de la voirie* où l'élément *patrimonial* joue un rôle prépondérant et explique l'étendue des pouvoirs de l'administration qui use alors des moyens mis à sa disposition pour protéger l'intégrité matérielle du domaine public contre les entreprises illéga-

(34) P. 38-39.

(35) P. 64-65 : curieusement ces lignes sont en général ignorées ou laissées de côté : les auteurs ne signalent que les pages 37-38.

les » (36). Il n'est pas besoin d'insister : ces lignes sont tellement ambiguës que l'on ne saurait dire si J. Laferrière a admis ou non l'idée d'une police de la conservation du domaine public. Cette ambiguïté se retrouvera d'ailleurs tout au long des écrits de la doctrine, jusqu'à M. de Laubadère (37).

On en retiendra cependant que le problème a été soulevé pour la première fois de manière claire et précise et c'est à ce titre que nous lui avons consacré ce paragraphe, émaillé de longues citations.

§ 2. — L'idée d'une police de la conservation chez M. Teitgen.

Dans sa célèbre et classique étude sur la Police municipale, M. Teitgen a été amené à consacrer quelques développements très intéressants au problème de la police de la conservation, spécialement sous l'angle qui est celui de son étude, c'est-à-dire dans ses relations avec l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884.

Nous verrons d'ailleurs que la position de M. Teitgen est également très réservée, pour ne pas dire ambiguë : mais peut-être s'agit-il ici plus d'une question de vocabulaire que de fond. Les nuances introduites sont parfois très subtiles, c'est pourquoi nous recourrons, là encore, de préférence à la citation directe plutôt qu'à de savantes exégèses.

Il faut distinguer plusieurs étapes dans les développements de M. Teitgen se rapportant au problème qui nous intéresse : de toute manière, il faut se souvenir que le problème de l'existence d'une police de la conservation n'est qu'un des points qui intéressent M. Teitgen, et cela, par le biais de l'éventuel détournement du pouvoir de police que peut constituer une mesure de police prise dans l'intérêt du domaine public communal.

A. — Rapports généraux de la notion de police avec la notion d'ordre public et l'exercice de la police sur le domaine public.

Il s'agit là de problèmes généraux étudiés par M. Teitgen dans la première partie de son ouvrage.

M. Teitgen, étudiant la notion d'ordre public en matière de police municipale, en arrive à la conclusion solidement étayée suivant

(36) J. Laferrière indique en note (p. 64, note 1) que sur une saillie autorisée, la suppression ne peut être ordonnée que si elle est justifiée par l'intérêt général (retrait d'une autorisation de police) : rien, pourtant, ne vient justifier pourquoi il en va autrement dans le cas de saillies non autorisées qui peuvent être supprimées sans motifs, même si elles existent de « temps immémorial », il ne faut pas chercher là, nous semble-t-il, de patrimonialité, mais plus simplement la suppression d'une construction sans l'autorisation de police nécessaire.

(37) Cf. *infra*, en particulier chez Jansse.

laquelle jamais la police ne pourra servir à la protection des intérêts patrimoniaux de l'administration, un arrêt comme celui « Société des Autobus Antibois » n'étant pas de nature selon lui à contredire cette affirmation (38). L'arrêt s'expliquant par une notion élargie de l'ordre public.

On relève dans cette partie de l'étude de M. Teitgen une opposition esquissée entre la « police dans la gestion administrative et dans la direction des services publics » et la police générale de l'ordre public : la police de la conservation pouvant être éventuellement assimilée à une police interne du service (39). Cette idée se développe : le maire doit assurer le libre fonctionnement des services publics, toutes les fois qu'il est un facteur de la tranquillité, de la sécurité ou de l'hygiène du public (ce qui paraît bien être le cas du domaine public, en particulier de la voirie) : mais le maire n'a pas le droit d'utiliser ses pouvoirs de police dans le seul intérêt patrimonial de l'administration; *la protection de son domaine et de ses finances n'est pas un but de police.* Cependant, le maire est en droit de prévenir les dégradations du domaine public qui constitueraient une cause d'accidents ou d'incommodités pour le public (40).

On le voit, dans cette première partie de son étude et de son raisonnement, M. Teitgen est assez catégorique, *du moins du point de vue de la police* : il reste à réintroduire les considérations tirées de la domanialité (41).

B. — Confrontation de la notion de police générale de l'ordre public exercée sur le domaine public avec la « police de la conservation ».

C'est ici que nous verrons apparaître une certaine confusion.

M. Teitgen constate d'abord que « la doctrine confond fréquemment la police de l'ordre public et la police du domaine public ». Il s'agit, à ce stade, de l'étude de rechercher les buts prohibés aux pouvoirs de police. On oppose au but de police ou d'ordre public

(38) P. 18 et p. 42-43 sur la compatibilité de cet arrêt avec les principes classiques de l'exercice des pouvoirs de police et de la domanialité publique, cf. *infra*, titre 2.

(39) P. 18.

(40) M. Teitgen donne comme exemple la limitation du poids des véhicules admis à circuler sur certaines voies, qui ne peut pas intervenir dans le but d'éviter les dégradations de la chaussée que s'il veut empêcher, en réalité, que ces dégradations ne soient la cause d'accidents (tous ces points, p. 38 sq) : on remarquera que le critère de « la commodité » est un critère susceptible d'être élargi.

(41) A vrai dire elles n'étaient pas totalement absentes dans cette première partie : cf. p. 66 où, après avoir réaffirmé que le maire n'a pas le droit d'utiliser ses pouvoirs de police (de la circulation) dans le but exclusif de prévenir la dégradation des chaussées, M. Teitgen montre que, inversement, les autorisations qui pouvaient être accordées à certaines activités du point de vue de la *gestion* du domaine ou de l'intérêt d'un service public, ne font pas obstacle au droit du maire de les interdire, s'il y a lieu, du point de vue de la police. Cf. Ville de Toulouse, 11 avril 1913, Rec. p. 386.

d'autres buts d'intérêt public, mais non de police : but domanial, but financier ou de manière très générale la protection d'un intérêt du public non compris dans la définition de l'ordre public (p. 85).

D'où naît la « confusion » que vient de dénoncer M. Teitgen ? Elle vient de ce que la doctrine semble parfois reconnaître au maire le droit d'utiliser les pouvoirs qu'il tient des articles 91, 97 et 98 de la loi de 1884 pour gérer ou conserver les différents éléments du domaine public : la « sécurité » du domaine public serait l'un des éléments de la sécurité publique au sens de l'article 97 : la jurisprudence — selon M. Teitgen — serait hostile à cette confusion (pp. 85-88).

M. Teitgen oppose ensuite les pouvoirs de police sur le domaine privé de la commune à ceux exercés sur le domaine public : « La police municipale n'a pas accès sur le domaine privé. » Puis il distingue les diverses activités supportées par le domaine public : administration, police du domaine public et police générale de l'ordre public exercée sur le domaine public.

La police du domaine public n'est pas tant une police de la *conservation* du domaine public, qu'une police de la *voirie* : cela résulte du fait que la répression de certains faits attentatoires à l'intégrité matérielle du domaine public n'existe que pour certains biens de ce domaine public : *la voirie* (terrestre et fluviale). Cette police de la voirie comprendrait *d'abord* « un ensemble de règles pénales, relatives aux voies de communication et aux rivages de la mer, ainsi qu'à certaines constructions assimilées. Ces textes définissent les contraventions de grande et de petite voirie, répriment les usurpations de la voie (et ses dégradations), ainsi que l'inobservation des servitudes d'utilité publique établies dans leur intérêt », elle comprend *aussi* « les règlements édictés pour la conservation des diverses catégories de chemins, par les autorités administratives qui sont chargées par les textes d'assurer leur protection » : le maire est l'une de ces autorités en matière de police rurale; de même l'article 15 du décret du 31 décembre 1922 établissant la possibilité d'installer des barrières de dégel sur les chemins vicinaux ordinaires est l'un de ces textes qui sont d'ailleurs toujours *limitatifs*. De plus, remarque M. Teitgen, le maire ne peut se servir des pouvoirs des articles 97-98 dans ce but, à moins qu'il n'y ait un motif d'ordre public, car la dégradation de la voie publique n'est pas en elle-même l'un des désordres de l'article 97 (cf. pp. 88-97).

Ce passage est assez ambigu, car on a l'impression qu'ici M. Teitgen entend le mot « police » en un sens qu'il ne lui donne pas pour le reste de son étude, il s'agit beaucoup plus de réglementation — et uniquement de réglementation — plutôt que de « police » an sens actif, il s'agit bien d'un ensemble de textes, non d'une compétence. Cette ambiguïté est encore plus voyante lorsque M. Teitgen étudie quelques lignes plus loin les limites extrêmes (dans le sens de la conservation) des pouvoirs de police générale exercés sur le domaine public.

C. — Limites de la police générale de l'ordre public sur le domaine public (dans le sens de la conservation).

M. Teitgen écrit que « lorsqu'elle est exercée sur le domaine public, la police municipale de l'ordre général peut donc avoir le même objet que la police de la conservation du domaine : l'utilisation du domaine public par les administrés, les actes qu'ils accomplissent sur ses dépendances. Mais la loi assigne à ces deux polices des buts très différents. La première est chargée de la protection du domaine et fonctionne dans son intérêt... « Le maire commet un détournement de pouvoir lorsqu'il réglemente, au nom de l'article 97, l'usage du domaine public, non pas dans l'intérêt de l'ordre public, mais dans l'intérêt patrimonial de l'administration, dans celui du domaine et de la conservation... » (pp. 92-93). M. Teitgen reprend ensuite l'idée selon laquelle la police municipale ne peut, au risque de tomber dans le détournement de pouvoir, utiliser l'article 97 dans le but unique ou exclusif de protéger la voie, d'autant plus que, en général, lorsqu'il le fait malgré tout, il ne le fait que dans un but de protection financière, ce qui constitue un nouveau cas que l'on pourrait considérer comme idéal de détournement de pouvoir.

Or, jusque-là, tout est relativement clair, car M. Teitgen ne semble pas admettre qu'il y ait un pouvoir « actif » de police de la conservation au profit du maire : il s'agirait, si les développements de M. Teitgen s'arrêtaient là, d'une utilisation de l'expression plus que d'une reconnaissance au fond.

Il se passe néanmoins un phénomène curieux : M. Teitgen est considéré par la doctrine comme ayant admis la thèse de la police de la conservation, mais les auteurs qui ont cru trouver cette opinion chez lui, se basent sur les remarques de M. Teitgen à la page 94 de son ouvrage (42) où M. Teitgen écrit que : « Pour assurer la commodité et la sécurité de la circulation, le maire est en droit de prendre les mesures propres à prévenir toute dégradation des voies qui pourrait nuire à leur viabilité ou provoquer des accidents, car les mesures qu'il prescrit ont alors un but d'ordre public au sens de l'article 97. Elles ont sans doute pour objet la conservation de la voie, mais elles l'assurent pour des motifs de sécurité publique, et non pas pour des motifs patrimoniaux, en sorte qu'elles sont conformes aux articles 97 et 98 de la loi de 1884. Ces principes s'appliquent également aux dépendances du domaine public qui ne font pas partie de la voirie, la loi n'ayant pas organisé une *police de leur conservation*, les maires sont plus particulièrement tentés d'assurer leur protection au moyen des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 97. Mais cette fois encore, la jurisprudence s'y oppose. La Cour de cassation refuse la

(42) Cf. M. de Laubadère, Traité, 3e éd., T. II, p. 164, n° 309 qui renvoie aux pages 94 sq. D. Papanicolaidis, *op. cit.*, p. 15 : cite même les phrases sur lesquelles il s'appuie : il s'agit des deux premières phrases, *supra* « pour assurer... loi de 1884 ».

sanction de l'article 471 alinéa 15 du Code pénal à un arrêté municipal qui réglemente la conservation des eaux dans l'intérêt du service des eaux. »

On ne voit nullement ici l'affirmation d'une police de la conservation de la voie publique : au contraire, M. Teitgen affirme plus clairement que jamais, que seul le but d'ordre public — plus ou moins direct ou lointain — peut permettre l'intervention de l'autorité de police : peut-être a-t-on été induit en erreur par l'expression « police de la conservation » qui a été reprise, mais, précisément, plus que jamais on voit que le sens à donner à cette expression est un sens « statique » correspondant à « ensemble de prescriptions » et non pas le sens actif qui est celui de « police générale de l'ordre public ».

Cette interprétation de la pensée de M. Teitgen est d'autant plus étonnante que, quelques pages plus loin, M. Teitgen critique assez violemment le célèbre arrêt Ramel (43) dont on sait qu'il est le seul arrêt où le Conseil d'Etat ait semblé admettre le but de la conservation comme but de police (44) : M. Teitgen qualifie cette solution comme étant « inadmissible », car « la conservation du domaine public ne peut faire l'objet d'un arrêté de police quand la sécurité publique n'est pas en jeu : les articles 97 et 98 l'affirment expressément » (45) : cet arrêt est d'ailleurs resté complètement isolé et ne peut pas être admis comme reflétant la pensée du Conseil d'Etat qui a peut-être voulu lancer une sonde (46)...

La pensée de M. Teitgen est donc fort claire sur ce point, alors qu'elle l'est beaucoup moins sur d'autres, il subsiste une ambiguïté que nous ne pourrons résoudre qu'après avoir étudié les autres conceptions de la police de la conservation.

§ 3. — La police de la conservation chez M. de Laubadère.

Chez M. de Laubadère, la théorie de la police de la conservation est plus complète, plus précise et, partant, plus simple à exposer (47).

(43) 16 juin 1933, D.H. 1933.449, Rec. 637, D.P. 1933.3.33, note P.L.J. Sirey, 1933.3.113, note P. Laroque. Cf. *infra*, p. 132.

(44) « Cons. que s'il appartient au maire, en vertu des articles 97 et 98 de la loi du 5 avril 1884, d'édicter... les dispositions qui sont commandées, soit par la sécurité et la commodité de la circulation, soit par la conservation du domaine public. » Sur cet arrêt, cf. *infra*, p. 96.

(45) Teitgen, p. 96.

(46) Certains ont pu penser qu'il ne s'agissait en réalité d'une rédaction défectueuse ou une simple « incidente », cf. Maroger, pp. 258-59.

(47) Nous traiterons de la position de M. de Laubadère, à travers sa thèse (1935) et son Traité élémentaire (3e éd., T. II, 1963, L.G.D.J.) : il n'y a pas de différences notables.

A. — La définition de la police de la conservation.

Le dernier état de la définition que donne M. de Laubadère est ainsi conçu (48) : « La police de la conservation consiste dans le pouvoir que détiennent certaines autorités administratives, d'utiliser des moyens de police, c'est-à-dire d'édicter des mesures préventives assorties de sanctions pénales en vue de la conservation matérielle du domaine. »

On le voit, il s'agit d'une définition globale, homogène et parfaitement élaborée, de même que très catégorique, mais aussi, il s'agit d'une définition qui représente l'aboutissement d'une longue recherche, que l'on ne peut vraiment appréhender qu'en refaisant le chemin intellectuel parcouru.

La police de la conservation est d'abord étudiée par M. de Laubadère au chapitre 2 du titre III (2e partie de la thèse) : ces points sont en eux-mêmes intéressants, car la police de la conservation est étudiée sous le titre général « L'intervention administrative procédant de son droit de propriété sur la voirie » et sous le titre particulier « L'extension de l'idée de propriété administrative à toutes les utilisations de la voirie » (49) : on se rendra compte de l'importance accordée dans la thèse de M. de Laubadère à cette « extension », si l'on sait que la thèse compte au total 379 pages et que ce titre III de la 2e et dernière partie fait à lui seul les pages 215-362.

M. de Laubadère constate d'abord que la police de la conservation peut être entendue de deux manières : elle a d'abord un sens très général et désigne « tous les actes des agents publics dont le but direct est la protection du domaine dans son intégrité matérielle » et dans un sens plus étroit elle désigne « les mesures que les agents publics prennent à l'égard de l'usage commun, ordinaire des voies publiques pour réglementer, limiter cet usage dans l'intérêt de la protection matérielle des voies » : M. de Laubadère indique ensuite que c'est ce deuxième sens qu'il choisit.

Il établit ensuite que « la notion traditionnelle de police est impuissante à expliquer la prétendue « police de la conservation » (p. 233), car l'intégrité matérielle du domaine ne peut pas rentrer en elle-même, directement dans la notion de police : une éventuelle extension de la notion d'ordre public, notamment par le biais de la sécurité publique, tel que le constate M. Monsarrat (50) lui paraît insuffisante : à la lumière de la jurisprudence la plus récente, M. de Laubadère croit pouvoir admettre que le pouvoir financier et l'intérêt

(48) Traité, T. II, p. 164, n° 310.

(49) P. 216 sq : pour la police de la conservation, p. 228 sq.

(50) Note Monsarrat au D.P. 1928.3.48 sous 4 arrêts (Syndicat général des transports autom. de France, 29-7-1921 ; Société plâtrière de Bagnolet, 29-1-1926 ; Société forestière d'exploit. de Paimpont, 3 février 1926 ; De Bellescize, 12-11-1927) : où M. Monsarrat se montre hostile à la police de la conservation, et montre que le Conseil d'Etat n'admet qu'à la rigueur une extension de la notion de sécurité publique.

financier interviennent de plus en plus, que la police de la conservation est envisagée de plus en plus sous l'angle financier : la conservation visant à éviter une dépense (51).

B. — Le fondement juridique de la police de la conservation.

La position ici se clarifie, car l'on peut parler de l'effet proprement magique de l'idée de propriété administrative de la voirie. Celle-ci va permettre de tout expliquer et de tout justifier, surtout si elle est conçue comme une propriété susceptible de très larges effets.

« La police de la conservation ne doit pas, à notre avis, être expliquée de la même manière que la police de la circulation ; alors que celle-ci se justifie par le pouvoir de police des agents publics, celle-là doit être rattachée au droit de propriété de l'administration; elle constitue l'ensemble des mesures prises par l'administration en tant que propriétaire de la voirie et pour assurer la défense de son bien. » (52). Ces lignes sont parfaitement claires et résument le fond de la pensée de M. de Laubadère.

M. de Laubadère explique que l'on aurait dû se rendre compte de l'existence de cette police de la conservation : une observation attentive montre que l'organisation juridique des interventions de l'administration sur le domaine public, en particulier sur la voirie, aurait permis de voir que « tout ce qui touche à la protection, à l'intégrité matérielle du domaine est toujours soumis à des règles spéciales et que ces règles trahissent généralement, par quelque côté, le point de vue de la propriété » (53). On sait, en effet, que le maire, sur les portions de routes nationales et départementales qui traversent la commune, n'a qu'une police de la circulation (54), les pouvoirs qui touchent à la conservation du domaine public, en pratique, lorsqu'il y a « emprise » ou modification de l'assiette du domaine public lui échappent (55).

Il y a donc ce que M. de Laubadère appelle une « double idée de base » que l'on peut ainsi formuler : « Tout ce qui touche à la conservation doit être distingué de la circulation. Toute la matière de la conservation est essentiellement l'affaire du propriétaire » (56). M. de Laubadère aboutit ainsi à une notion qu'il reconnaît lui-même très extensive de la police de la conservation : la police de la conservation a pour but de défendre un bien, contre les effets de l'usage

(51) M. de Laubadère cite à ce propos un arrêt Ratto (C.E. 6 janvier 1933, Rec. p. 13) : il faut cependant remarquer que le motifi financier n'y est admis que comme motif surabondant, le motif principal étant « l'intérêt général de la circulation ».

(52) Thèse, p. 241.

(53) P. 244.

(54) Article 98 du Code de l'administration communale.

(55) Distinction élaborée par le Conseil d'Etat, dans son célèbre avis du 30 novembre 1882 (voir ce texte dans Récy, T. II, pp. 282-283 en note).

(56) P. 248.

du public — réglé par la police de la circulation — le bien étant la propriété de l'administration, mais si l'intervention administrative se limitait autrefois à l'usage anormal, pour M. de Laubadère il faut aller plus loin et étendre ces interventions à l'usage commun et normal de la voirie.

Nous nous bornons, pour l'instant, à exposer la notion de police de la conservation, nous exposerons nos critiques dans le chapitre 2 : peut-être peut-on, d'ores et déjà, relever que M. de Laubadère appuie son raisonnement sur des points qui ont été acquis à une période où personne — surtout au Conseil d'Etat — n'admettait la propriété administrative de la voirie.

On mesure l'ampleur de la conception de M. de Laubadère qui se traduit dans la définition que donnera le Traité et que nous citions au début de ce paragraphe. Il s'agit d'une conception claire et totale que nous examinerons encore lorsque nous en viendrons à la critique de l'idée de police de la conservation.

Il n'est peut-être pas inutile de signaler une remarque formulée en quelque sorte par M. de Laubadère, « en passant » : il relève, en effet, que Bonnard a qualifié l'appellation « police de la conservation » de « fâcheuse », car il ne s'agirait pas d'une véritable police, M. de Laubadère semble reconnaître en quelque sorte le bien-fondé de cette remarque, car il écrit : « *On doit dire en tout cas* que la police de la conservation et la police de l'ordre public n'ont pas *la même nature.* La première est essentiellement un élément de la domanialité publique, en ce sens qu'elle est liée à la présence du domaine public; elle constitue une manifestation tout à fait spéciale et typique du droit de propriété administrative exercé sur le domaine (cf. thèse de Laubadère, p. 244, sq et J. Laferrière th. cit., p. 37 sq), alors que la police de l'ordre public n'a rien de spécial au domaine public (*sauf qu'elle y a des droits plus étendus,* ce qui n'affecte en rien sa nature) et répugne à tout caractère patrimonial. » (57).

Il n'est pas exagéré de retrouver dans ces lignes une certaine ambiguïté, ou plutôt une certaine gêne, moins forte peut-être que celle que nous avions déjà indiquée chez J. Laferrière et chez M. Teitgen, mais ici, elle concerne plus l'expression que les conséquences de l'idée.

§ 4. — La police de la conservation chez L. Jansse.

L'ouvrage de M. Jansse « Les traits principaux du régime des biens du domaine public » (préface de M. A. Mestre, Sirey, 1938) occupe une place un peu particulière dans la très abondante littérature domaniale de l'entre-deux guerres.

Il faut rappeler, en effet, qu'il s'agit d'un ouvrage écrit par un praticien du droit (M. Jansse était, à l'époque où il écrivit son ouvrage,

(57) Traité élémentaire, 3e éd., T. II, pp. 165-166, n° 312

Chef de Service du Domaine à la S.N.C.F.), ce qui ne manquera pas d'influer sur maints aspects de son ouvrage, par ailleurs de très grande valeur. Or si M. Jansse n'ignore rien de la théorie du domaine public et de ses subtilités, il aboutit cependant à rejeter tous les systèmes, pour ne retenir que la détermination légale, que nous lui avons partiellement empruntée (58). Comme l'indique M. Mestre dans sa préface à cet ouvrage : « (il) passe impitoyablement en revue systèmes et constructions, en les opposant les uns aux autres et en montrant qu'aucun d'eux ne donne le mot de l'énigme et ne permet de dégager une doctrine vraiment juridique, c'est-à-dire qui réponde à la fois aux exigences de la logique et aux nécessités de la vie pratique ».

La position de M. Jansse sur le problème de la police de la conservation était donc particulièrement intéressante, car on sait, que c'est peut-être dans cette si délicate matière que les combinaisons de la logique juridique et de la vie administrative sont les plus difficiles à réaliser.

Cette position, il faut bien le dire, est assez décevante, car M. Jansse ne résout pas le problème, mais semble se placer à un point de vue extrêmement empirique, ne craignant pas — et cela sans doute en pleine connaissance de cause — de se contredire.

A. — Le problème en législation.

Il s'agit d'abord, pour M. Jansse, dans la section où il étudie les pouvoirs de police sur le domaine public, d'examiner le problème de l'organisation de ces pouvoirs par les législations spéciales (59).

Il s'agit, bien entendu, en premier lieu de la législation de la grande voirie (cours d'eau navigables, rivages de la mer, ports maritimes, canaux de navigation, voies ferrées, lignes télégraphiques, fortifications), à laquelle il faut ajouter la nouvelle organisation des compétences en matière de voirie routière, réalisée par le décret-loi du 28 décembre 1926, précité.

Mais M. Jansse constate que « la législation de la grande voirie et les dispositions équivalentes n'ont pas une uniformité suffisante pour conférer un caractère juridique commun aux choses auxquelles elle s'applique. Elles ne concernent pas d'autre part, la totalité du domaine public et elles ne forment pas un élément de leur régime de fond : elles constituent plutôt une sorte d'armature extérieure à ce régime » (60). Or, on le sait, l'existence d'un régime spécial (61) de répression est certainement l'un des arguments les plus sérieux en faveur de la thèse d'une police de la conservation du domaine public ou de la voirie. Quelques pages plus loin, M. Jansse présente néanmoins « la conservation par voie de police » comme une des pièces

(58) *Supra*, p. 20, 1re partie.
(59) Jansse, p. 76, n° 136 sq.
(60) P. 79-80, n° 141.
(61) Ce régime sera décrit dans ses grandes lignes *infra*, chapitre 2.

essentielles du régime du domaine public (62) et il va même très loin dans ce sens puisque cet ensemble de pièces essentielles (qui comprend en outre : l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité, la soustraction aux conséquences normales des contrats et aux servitudes d'utilité publique) n'est pas, selon M. Jansse, construit en fonction de la destination des dépendances de ce domaine et n'a pas pour objet — du moins pour seul objet — de protéger cette destination, mais elle concerne les fonds des biens, leur substance en vue de les conserver sous la mainmise absolue et irrévocable de l'Administration. M. de Laubadère a pu parler à ce propos de « conception sordide » du domaine public (63), conception qui n'est d'ailleurs à proprement parler celle de M. Jansse, mais plutôt celle qu'il croit être celle de l'Administration qu'il connaît bien.

B. — L'opposition entre la police de la conservation et la police de l'ordre public.

Il faut d'abord souligner que chez M. Jansse la police de l'ordre public prend le nom de police de l'utilisation du domaine public : il ne peut, dès lors, s'agir bien entendu que des biens affectés à l'usage du public ou à un « service public personnalisé » (64). La police de l'utilisation est bien la forme domaniale de la police générale de l'ordre public, car M. Jansse indique qu'elle n'a pas « son origine dans les principes spéciaux au régime du domaine public, elle dérive de règles plus générales. La police des biens ouverts à l'usage de tous n'est qu'une forme de la police des lieux publics » (65) : comme telle on peut dire qu'elle n'est que la forme domaniale des pouvoirs (en matière municipale) définis par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884; quant aux services publics personnalisés, M. Jansse prend comme exemple la police des chemins de fer instituée par la loi du 15 juillet 1845.

La police de la conservation « ne se rattache, au contraire, qu'aux caractères spéciaux du régime de ce domaine et à l'utilité publique qu'elle présente. Cette police est très étendue en ce qui concerne l'application coercitive des règles préexistantes ; elle est plus étroite en matière de réglementation ». M. Jansse précise que c'est l'avantage matériel que l'Administration tire de cet exercice des pouvoirs de police en vue de la conservation qui s'oppose à ce qu'elle puisse instituer de nouvelles règles, en l'absence de textes formels (66). Ce ne serait donc, précise M. Jansse, qu'en tant que la sauvegarde des biens du domaine public intéresse l'ordre public qu'une réglementation sous sanction pénale pourrait être édictée : une formule inté-

(62) P. 95, n° 168.
(63) Article de M. de Laubadère précité (R.D.P. 1950, p. 5 sq.).
(64) P. 81-82.
(65) *Ibid.*
(66) N°s 146-147, pp. 82-83.

ressante précise que, de toute manière, une réglementation de la conservation ne doit être considérée comme irrégulière que lorsqu'elle est de nature à porter atteinte à une faculté légale reconnue au public. Cette dernière formule recoupe ce que nous disions sur une distinction à établir entre les mesures « internes » et les mesures de police opposables au public.

Il y a donc de très nettes réticences sur le fondement même de la police de la conservation chez M. Jansse. Pourtant, il parlera plus loin de la police du domaine public, qui a trait « soit à son utilisation, soit à sa conservation. Celle qui concerne la conservation est en général exercée par les agents de la collectivité qui détient le domaine. Cette règle comporte cependant des exceptions pour la petite voirie routière : *la police de la conservation* des chemins vicinaux, dépendance du domaine communal, est exercée par le Préfet... » (67).

On remarquera que M. Jansse évite de parler de propriété du domaine public : on ne peut, dès lors, que souligner que toutes les fois que chez un auteur, la propriété du domaine public n'est pas admise, formellement ou de toute autre manière, l'attitude face à la police de la conservation s'en trouvera affectée, et qu'elle ne sera admise qu'avec réticence ou uniquement sur le plan formel, non sur le plan matériel (68).

Plus loin, M. Jansse signale encore que toute réglementation ayant pour but unique la conservation du domaine est interdite (69) et que si un règlement peut faire état de considérations tirées de la conservation du domaine, ce ne peut être qu'à titre subsidiaire. Elles ne sauraient constituer à elles seules une cause légitime de réglementation qu'à titre indirect, par l'intermédiaire de la sécurité publique. (Si les dégradations sont assez graves pour entraîner des accidents et si, d'autre part, il est impossible de les réparer immédiatement [70]). Les considérations tirées de la conservation des voies publiques viennent en fait influencer « dans une certaine mesure la réglementation ». A la rigueur, il faut admettre que les difficultés pécuniaires qu'éprouvent certains budgets communaux à assumer ces charges tendent, en fait, à devenir des considérations d'un intérêt public primordial (71).

On voit ainsi fort clairement, sans qu'il soit besoin d'y insister trop longuement, toute l'ambiguïté qui entoure chez M. Jansse la notion d'une police de la conservation. Il semble que M. Jansse n'ait adopté que l'expression — car elle est incontestablement commode

(67) P. 173, n° 279 sq.

(68) M. Teitgen ne se pononçait pas sur la propriété du domaine public.

(69) P. 207, n° 336.

(70) P. 207-208 : ce critère avait été proposé par M. Monsarrat dans sa note au D.P. 1928.3.49, Maroger (cf. le paragraphe suivant) avait qualifié ce critère « de véritable critère tiré de l'épuisement des moyens de réfection normaux ».

(71) C'est ce même raisonnement qui chez M. Teitgen permet de justifier, selon les normes les plus classiques, un arrêt tel que « Société des Autobus Antibois ».

et permet une présentation dichotomique agréable — mais non la réalité d'une telle police en elle-même.

§ 5. — La police de la conservation chez Maroger (72).

Il faut d'abord souligner que ce qui intéresse avant tout Maroger, c'est l'affectation et tout ce qui touche au régime juridique de l'affectation, plus même que ce qui a trait à la domanialité publique, qui n'est pour lui qu'un élément parmi ceux qu'il étudie et approfondit. S'agissant de la domanialité publique, et plus particulièrement du problème de l'existence d'une police de la conservation, le résultat de la réflexion de Maroger sera curieux, car il aboutit, d'une part à des résultats extrêmement classiques, d'autre part à des idées originales et novatrices.

A. — Le caractère classique de la police de la conservation chez Maroger.

De manière très classique, Maroger commence par s'interroger sur les pouvoirs de l'administration, agissant sur la base de ses pouvoirs de police (par exemple le maire sur la base de l'article 97) en matière de protection de l'intégrité matérielle du domaine public.

Maroger remarque en premier lieu que la protection pénale s'applique à certains « biens affectés » dont certains ne sont pas du domaine public, d'autres appartenant même à des particuliers (cas classique des terrains frappés de la servitude de halage et de marche-pied, le long des cours d'eau domaniaux).

En second lieu, il faut admettre que toute limitation aux libertés, particulièrement à la liberté d'utiliser les biens affectés étant exceptionnelle, il faudra des textes spéciaux pour l'organiser.

Dès lors, seule la police de l'utilisation est une véritable police, tant sur le plan du fondement, que sur celui du but : toute mesure en forme de réglementation, même assortie de sanctions pénales, si elle n'a pas, d'une manière ou d'une autre pour fin la tranquillité, sécurité ou salubrité publiques, ne ressortit pas à la catégorie juridique de la police.

Sur quoi serait-il possible de fonder la « police de la conservation » ?

Il n'est pas possible de retenir la solution de l'arrêt « Ramel », que Maroger écarte, tout comme M. Teitgen, en reprenant d'ailleurs purement et simplement les termes de ce dernier, auquel il se réfère expressément.

(72) Les réflexions de Maroger sur la police de la conservation sont contenues essentiellement dans les pages 230 à 284 de son ouvrage.

Maroger examine ensuite la police de la conservation vue par M. de Laubadère et celle de Monsarrat (73) : il rejette le fondement de la propriété administrative de la voirie, qui aboutit à des résultats trop larges, celui de M. Monsarrat — qualifié suivant une heureuse formule de critère tiré de « l'épuisement des moyens de réfection normaux » — comme étant insuffisant.

C'est à partir de la notion d'affectation que Maroger va proposer une analyse nouvelle de la police de la conservation.

Ce qu'il faut retenir ici, c'est que cette première partie de l'analyse est menée de manière très classique, on peut même constater que du point de vue du motif de police admis, Maroger se montre moins large que certains auteurs qui l'ont précédé.

B. — Le caractère novateur de la police de la conservation chez Maroger.

« Il nous semble que l'étude de la jurisprudence relative au pouvoir de police de l'Administration, en matière de voirie surtout, précise la double évolution de la police de la conservation d'une part, de la police de la circulation d'autre part, vers une notion commune qu'on pourrait désigner comme la police de la destination, la police de l'affectation *optima* des biens consacrés à l'utilité publique. » (74) Ce passage est très significatif, Maroger va, en effet, essayer de montrer que la notion d'affectation permet de transcender en quelque sorte le problème de la police de la conservation et son opposition à la police de l'utilisation, forme domaniale de la police générale de l'ordre public.

Maroger raisonne essentiellement sur la base de la voirie, car c'est celle qui a posé le plus de problèmes.

Lorsqu'elle annule certaines mesures de police visant à la conservation, la jurisprudence distingue entre les mesures qui sont uniquement destinées à assurer la protection de l'intégrité matérielle du bien — le plus souvent en cherchant également à protéger les finances de la collectivité — *au détriment même de l'affectation de ce bien* et celles, au contraire, où tout en visant la protection de l'intégrité matérielle du bien, en protège essentiellement la destination : c'est en quelque sorte par une synthèse des notions classiques de « sécurité et commodité » (viabilité) de la circulation que Maroger en arrive ainsi à une notion nouvelle qui dépasse les autres (75). Il existe donc, selon Maroger, pour l'Administration la possibilité d'édicter des mesures de conservation de la voie, fondées sur *les pouvoirs de police généraux* de l'Administration, mais dans le cas et dans le

(73) Note précitée : la position de Monsarrat sera développée *infra* quand nous analyserons la jurisprudence car elle n'est qu'une exégèse de cette dernière.

(74) P. 257.

(75) La classique règle de proportionnalité des mesures de police à la gravité des circonstances, se traduirait donc ici par une confrontation de la gravité de la mesure de police à l'affectation, par exemple à la liberté de circuler.

cas seulement, où ces mesures de conservation sont justifiées par le souci de maintenir et de sauvegarder l'affectation du bien (76).

Maroger indique cependant que, « *au regard de la technique juridique, cette police de l'affectation apparaîtra donc comme une catégorie de la police générale de l'ordre public attribuée par des textes tels que l'article 97 de la loi municipale à l'administration* » (77).

Il s'agit là d'une précision très intéressante : Maroger semble admettre que la police ne peut en quelque sorte s'exprimer que par les voies classiques de l'article 97 : il n'est d'ailleurs pas étonnant que l'auteur avec lequel il se déclare le moins en désaccord, soit M. Teitgen. Maroger, d'autre part, prend bien soin de marquer la différence qui le sépare de Jèze qui avait aussi cherché à ériger l'affectation en catégorie juridique, mais en se basant essentiellement sur la notion de service public des communications que constitue, à ses yeux, la voirie.

Ainsi, la police de la conservation n'est donc plus qu'une catégorie qui se fond dans un élément plus général : la police de l'affectation, elle-même n'étant en quelque sorte qu'une émanation de la police de la circulation. Elle n'est pas une prérogative de la propriété — dont Maroger relève soigneusement qu'elle n'a jamais été retenue par le Conseil d'Etat qui ne vise que l'article 97 pour les communes et la loi de 1851 pour le préfet — mais « un des modes d'organisation de l'affectation d'un bien à l'utilité publique » : ce que l'on peut appeler la police générale du domaine reçoit pour mission d'assurer l'affectation du domaine.

§ 6. — Essai de dépassement de la notion de police de la conservation.

Relevons d'abord, qu'après 1945, le problème de la police de la conservation subit la même relative désaffection que l'ensemble des études domaniales ; en dehors de M. de Laubadère, peu d'auteurs semblent s'intéresser à la question. MM. Duez et Debeyre ne retiennent pas l'expression dans leur Traité, de même, comme nous l'avions

(76) Cf. dans le même sens LENOIR, *op. cit.*, p. 196 sq surtout pp. 200-203 qui relève que si « le terme même de police a été critiqué », il paraît néanmoins justifié par le mélange de prescriptions et de sanctions. Il s'agirait d'une « police patrimoniale, particulière à la propriété administrative » mais qui ne s'étend pas à toute la propriété administrative, ni à la seule domanialité publique. On pourrait, dès lors, note M. Lenoir, parler « des » polices de la conservation. M. Lenoir montre que c'est la protection de l'affectation qui justifie partout la police de la conservation. Si cette police était utilisée dans le seul but de la protection de l'intégrité, elle serait détournée de son but. Ainsi écrit M. Lenoir « l'affectation donne à la police de la conservation sa justification et sa limite ». On ne voit plus, dès lors, ce qui sépare cette police de la police générale de l'ordre public !

(77) Maroger, p. 265.

indiqué, MM. Waline et Vedel, dans les dernières éditions de leurs Traités qui étudient la domanialité (78).

On peut signaler aussi le bref passage que consacre M. Paul Bernard dans son ouvrage sur « la notion d'ordre public en droit administratif » à la police de la conservation, et dans lequel il reprend la définition de M. de Laubadère (79).

Mais le problème a été considérablement renouvelé, ces dernières années, par le développement progressif de la « gestion du domaine public », gestion qui, comme nous le verrons, a été érigée en catégorie autonome par le Conseil d'Etat et qui supplante peu à peu la police. Ainsi, le Conseil d'Etat semble considérer que la permission de voirie n'est plus un acte de police — et plus précisément un acte de la police de la conservation — mais un acte de gestion. On sait, qu'à la différence du simple permis de stationnement, la permission de voirie emporte modification de l'assiette du domaine public, et dans la théorie « classique » est généralement délivrée par l'autorité qui détient la police de la conservation du domaine, les permis de stationnement étant délivrés par l'autorité investie de la police de la circulation : ainsi dans les portions de routes nationales ou départementales qui traversent les agglomérations — appelées pour cette raison les traverses — les maires ne délivrent que les permis de stationnement, le préfet y délivrant les permissions de voirie (art. 98 du Code de l'administration communale) : le problème est donc désormais posé, des rapports de cette nouvelle activité de gestion avec la police de la conservation.

Ce problème a été abordé par deux auteurs, d'une part M. Watrin, dans son article : « Quelques rapports entre les notions de police, Domaine public et Service public » (80), d'autre part par M. Martres, dans sa thèse consacrée aux « Caractères généraux de la police économique » (81).

Nous n'examinerons ici que très rapidement ce problème, nous contentant, pour le surplus, de renvoyer au titre deuxième de cette même partie, consacré à la « théorie » de la gestion du domaine public.

(78) Duez et Debeyre : « Traité de droit administratif », Dalloz, 1952. L'étude de la domanialité publique ayant été repoussée en troisième année de licence, il faut se reporter aux anciennes éditions de ces traités.

(79) Paul Bernard, *op. cit.*, p. 16-17, « Le domaine public entraîne la mise en œuvre de deux sortes de polices : la police de l'ordre public et la police de la conservation du domaine. Ces deux polices si elles sont dotées d'un moyen d'action commun — pouvoir réglementaire sanctionné pénalement — poursuivent des buts différents qui leur confèrent une nature distincte. La police de la conservation du domaine a pour but de protéger l'intégrité matérielle du domaine public, elle revêt un caractère patrimonial et constitue « une manifestation tout à fait spéciale et typique du droit de propriété administrative ».

(80) R.D.P. 1936, pp. 147-182. Voir aussi l'ouvrage de M. Watrin : « La police de la circulation sur les voies publiques », Sirey, 1935.

(81) Thèse, Bordeaux, 1964, 4 vol.

A. — La police de la conservation et la gestion chez M. Watrin.

Remarquons, en premier lieu, la date même des deux importantes contributions de M. Watrin : 1935 et 1936, c'est-à-dire une époque très tourmentée, où, sur le plan du droit public, on a pu assister à une sorte « d'affolement » juridique, toutes les notions étant subitement remises en cause, particulièrement ces notions si classiques de police, domaine public, service public que M. Watrin étudie précisément dans son article en les superposant. Nous reviendrons dans notre troisième partie sur l'importance de cette période, spécialement au point de vue économique et sur les enseignements que nous pouvons en tirer en ce qui concerne notre étude. Dès maintenant, nous pouvons cependant indiquer que l'article de M. Watrin marque une certaine exception dans la littérature juridique de l'entre-deux guerres, en cherchant à ne pas céder à cet « affolement » de la doctrine qu'il dénonce d'ailleurs à juste titre, et en essayant de remettre les choses au point, c'est-à-dire, avant tout, en faisant la part entre les changements réels et les simples modifications conjoncturelles.

M. Watrin adopte une définition extrêmement classique de la notion de police administrative, il montre parfaitement que celle-ci ne peut se confondre, ou même simplement se « compromettre » avec la gestion — comme de nombreux commentateurs le soutiennent alors — avec la gestion. Il y aurait, selon M. Watrin, bien plus superposition que confusion. La police de toute manière a comme qualité première d'être souple, ce qui lui confère un grand pouvoir d'adaptation (82).

Comment se pose dès lors le problème de la conservation des voies publiques ?

M. Watrin se montre d'abord formel, en affirmant de manière catégorique que : « *c'est par un abus de mots* qu'on désigne du même mot « police » les mesures relatives au roulage et à la circulation » : si la prétendue police de la conservation présente, en effet, les caractères formels de la police (réglementation), l'élément matériel — le but d'ordre public — fait défaut : le Conseil d'Etat n'admet pas la légalité de règlements ayant pour but unique la conservation du domaine, d'une manière ou d'une autre, l'ordre public doit être visé — directement ou indirectement — pour qu'un règlement comportant des mesures de protection de l'intégrité matérielle ou physique soit valable (83).

(82) Art. R.D.P. 1936, p. 149 et ouvrage p. 9. Voir *infra*, Titre 2, chapitre 2 en ce qui concerne la gestion proprement dite chez M. Watrin.

(83) M. Watrin renvoie à la classique série d'arrêts sur cette matière, de 1921 à 1928 en particulier, que nous examinerons *infra* dans le paragraphe consacré à la jurisprudence. Par ailleurs, M. Watrin rejette la solution de l'arrêt Ramel qu'il explique par une rédaction malheureuse signifiant, *a contrario* de l'article 98 de la loi du 5-4-1884 que sur les voies urbaines le maire détient *en plus* de ses pouvoirs de l'article 97 des pouvoirs de conservation.

En réalité, selon M. Watrin, lorsqu'il s'agit de conserver la matérialité de la route, l'autorité administrative agit dans l'intérêt du domaine, par un procédé de gestion, bien qu'on le désigne parfois sous le nom de « police du domaine » (84). En d'autres termes « police et domaine ne se confondent pas, même lorsqu'il s'agit de la police de la conservation ». On peut d'ailleurs se demander s'il existe de véritables pouvoirs « domaniaux » à cette époque : M. Watrin renvoie aux conclusions du commissaire du gouvernement Andrieux sous l'arrêt « Beaumont », mais il nous semble, comme nous l'exposerons *infra*, que l'exemple est peut-être mal choisi, dans la mesure où ces conclusions de M. Andrieux sont précisément les seules à accorder une certaine importance aux pouvoirs domaniaux (85).

L'évolution résulterait avant tout de la domanialité publique, non de la police, M. Watrin distingue, en effet, trois étapes dans la conception du domaine : le domaine-police, le domaine-propriété administrative et enfin, le domaine-propriété sociale, cette dernière conception semblant à M. Watrin être celle du Conseil d'Etat et permettant une certaine extension des pouvoirs de gestion du domaine. On voit que M. Watrin sur bien des points est assez proche des thèses de M. de Laubadère, sauf peut-être sur le problème précis de la police de la conservation, que M. Watrin ne peut admettre comme véritable « police », alors que pourtant comme bien des auteurs, il ne peut résister à la « tentation » d'utiliser l'expression qui, à vrai dire, est effectivement fort commode (86).

En d'autres termes, tout en conservant des points de vue très classiques, M. Watrin aboutit cependant à un certain dépassement de ce qui ne serait qu'un retour au XIX[e] siècle, en admettant l'évolution parallèle de certaines activités de l'administration : ainsi les notions de police (bon ordre), de gestion (service public : notamment dans les problèmes si épineux de la coordination des transports), de domaine public (propriété) n'ont pas besoin d'être confondus, il suffit qu'ils soient perçus et analysés clairement pour qu'ils puissent être utilisés par l'administration selon les circonstances : « conserver l'intégrité matérielle de la voie publique est un acte de gestion, mais c'est aussi contribuer au bon ordre de la circulation, qu'en assurer par là la viabilité; organiser un service public est un acte de gestion, mais c'est aussi dans bien des cas réaliser le bon ordre, de sorte que défendre un service public contre la concurrence privée peut être à la fois le fait d'un acte de gestion et d'un acte de police » (87) : retenons aussi que le bon ordre peut — selon M. Watrin — être considéré comme étant le point de jonction entre les trois notions. En d'autres termes,

(84) M. WATRIN, *op. cit.*, p. 47.
(85) C.E. 11 juillet 1934, D. 1934.3.41, note P.-L. J. ; S. 1935.3.33, note Mestre.
(86) M. Watrin montre cependant que la confusion entre police et domaine a été réalisée par la doctrine du domaine — propriété — cf. « la police de la circulation sur les voies publiques », p. 19.
(87) Art. R.D.P. 1936, pp. 181-182.

l'action administrative résultera d'une judicieuse utilisation de ces trois ordres d'intervention. La « police de la conservation », quant à elle, n'existe pas non plus en tant que telle, mais peut aussi résulter d'un ensemble de mesures, pris à des titres divers.

B. — Police de la conservation et gestion chez M. Martres (88).

M. Martres adopte, face au problème de la conservation, une attitude assez ambiguë, qui semble résulter du fait qu'il entend tantôt par « police de la conservation » le sens statique (ensemble de réglementation), tantôt il lui donne un sens plus dynamique.

En un premier temps, s'interrogeant sur les buts de la police administrative, M. Martres, reprenant la position de M. Papanicolaidis, admet, malgré quelques réserves, qu'il « existe à côté de l'article 97, un titre permettant la conservation du domaine » (89), mais il reconnaît que s'agissant de la police de la conservation, « les embarras de la doctrine sont tels, ici, pour expliquer cette police que certains auteurs ont proposé de renoncer à l'appellation de police. Seule une inadvertance législative permettrait de parler de police alors qu'il s'agit en réalité d'une forme de la gestion domaniale. On s'efforce de tracer des frontières étroites entre la police et la conservation du domaine, car celle-ci a connu des extensions récentes que l'on préfère attribuer à une extension de la gestion plutôt qu'à une mutation du pouvoir de police » (90).

Par la suite, M. Martres semble admettre cette forme de gestion domaniale et utilise fréquemment la police de la conservation comme un véritable synonyme de la gestion. M. Martres reprend les remarques de M. Watrin selon lesquelles l'appellation de police de la conservation est inexacte, car « il ne peut s'agir que de mesures de gestion » (91).

L'aspect le plus intéressant de la recherche de M. Martres est sans conteste celui qui concerne l'apparition progressive de l'acte de gestion sur le domaine public et sa substitution progressive à l'acte de police : cet aspect sera étudié longuement dans le titre 2. On relèvera pourtant l'expression de police patrimoniale que M. Martres utilise et qui couvre la gestion et la conservation.

Il faut néanmoins souligner que cette police patrimoniale ne doit pas s'entendre comme étant une utilité financière, mais comme devant s'intégrer dans une utilité économique. La doctrine, citée par M. Martres, a, en effet, clairement établi qu'il n'y avait pas d'intérêt privé

(88) J.-L. Martres : « Caractères généraux de la police économique », 4 vol., Thèse, Bordeaux, 1964.

(89) Martres, T. I, p. 57.

(90) T. I, p. 58 : M. Martres renvoie expressément à l'article de M. Watrin dont il s'inspire.

(91) *Ibid.*, p. 132 sq.

de l'administration (92), ce qui permet une distinction relative mais aisée entre la patrimonialité du domaine privé et celle du domaine public. L'utilité économique s'intègre dans le vaste ensemble que constitue l'ordre public économique (93). Par ailleurs, M. Martres indique qu'une police économique ne se conçoit que dans un cadre général et non pas sur le seul plan municipal : ce qui tendrait finalement à exclure le rôle réellement économique de la police de la conservation telle qu'elle est exercée par le maire, le rôle serait là plus financier qu'économique; par contre, on pourrait admettre que, par exemple, en ce qui concerne l'implantation des distributeurs d'essence sur la voirie nationale ou départementale, l'autorité délivrant les permissions de voirie, c'est-à-dire à l'origine celle investie de « la police de la conservation » laquelle est devenue l'autorité gestionnaire de la voie (par rapport aux usagers) (94) puisse s'inspirer de considérations visant à l'ordre ou à *un* ordre public économique : on a pu ainsi soutenir que cette permission de voirie était devenue un instrument de politique économique : malheureusement, il n'en est rien, pour de nombreuses raisons que nous examinerons à loisir dans notre troisième partie, dont les plus importantes sont d'une part, que les stations-service ne sont pas en réalité implantées sur le domaine public, mais que surtout, la police économique en question, organisée sous forme d'intervention d'une police économique, n'a plus aucun rapport avec la domanialité, puisque des textes spéciaux sont intervenus en cette matière, dont la légalité a été reconnue par le Conseil d'Etat (95).

Section III

LA POLICE DE LA CONSERVATION EN DROIT POSITIF

La jurisprudence, on le sait, se montre toujours moins soucieuse de théorie et de construction systématique : il s'agit là d'une constatation très connue et qui s'applique tout naturellement à la juris-

(92) Martres, T. I, p. 128, cf. les remarques dans l'article précité de M. Watrin ; Vedel : « Recherches sur la notion de clause exorbitante », Mélanges Mestre ; article de M. Auby, E.D.C.E. 1958, précité. Cf. aussi Rivero : « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » R.D.P. 1953, p. 283 : « ... soutiendrait-on que la gestion du domaine privé n'obéit pas à un intérêt public ? Il n'existe pas, en effet, d'intérêt privé de l'administration ... »

(93) Cf. T. I, p. 127 : « On peut donc aisément opposer le but financier et le but économique, le premier cherchant à aménager les ressources budgétaires de la commune, quant au second, il sert essentiellement à la recherche et à la création d'un ordre économique. Il ne s'agit cependant pas de la distinction intérêt privé de la commune opposé à l'intérêt général... »

(94) Puisque sur les traverses, la compétence gestionnaire est allée aux anciens titulaires de la police de la conservation.

(95) C.E. 19 juin 1964, Société des pétroles Shell Berre et autres, A.J. 1964.438, note A. de Laubadère, R.D.P. 1964, p. 1019, concl. Mme Questiaux : cette jurisprudence sera analysée, *infra*, 3e partie.

prudence prétorienne du Conseil d'Etat qui cherche avant tout à concilier les nécessités de la vie administrative avec certains principes juridiques assez simples. Il est, dès lors, souvent assez difficile, face à une décision du Conseil d'Etat, face même à une série de décisions de savoir si la Haute Assemblée a voulu s'engager et tracer une nouvelle voie, ou si plus simplement il s'agit de décisions où les considérations d'opportunité — au sens le plus large — ont motivé le choix.

En matière de police de la conservation, toutes ces constatations se retrouveront plus que jamais. D'abord, en effet, comme en bien d'autres matières, la législation est inexistante ou insuffisante et sujette à interprétation — quand elle ne date pas d'une époque si lointaine qu'elle se trouve inapte aux nécessités de la vie moderne — en second lieu, la doctrine, comme nous venons de le voir, est très divisée et le Conseil d'Etat hésite, en général, à trancher trop ouvertement; enfin, une grande partie de la jurisprudence a été rendue à une époque que l'on considère de plus en plus à l'heure actuelle comme ayant été une époque de crise, c'est-à-dire pendant l'entre-deux guerres. Cette série de facteurs fait qu'en réalité la jurisprudence n'a jamais vraiment tranché, et la recherche consiste dès lors en une exégèse de certains arrêts rédigés — comme à l'accoutumée — de manière sybilline ou hermétique.

Avant de nous lancer dans cette recherche, il convient, pensons-nous, dans un paragraphe premier, de rappeler quelques-uns des traits de la législation qui sert de support à la jurisprudence que nous allons essayer de détailler ensuite.

§ 1. — La police de la conservation en législation.

Nous avions déjà relevé certaines utilisations de l'expression « conservation » ou « police de la conservation » dans notre passage consacré à l'anarchie qui règne dans le vocabulaire (96).

Il est bien clair tout d'abord que la plupart des difficultés proviennent en notre matière d'une insuffisance et d'une imprécision de la législation d'une part, de son archaïsme d'autre part : ces deux défauts ayant fort évidemment des liens entre eux...

Nous n'examinerons pas ici le problème de la législation répressive spéciale, qui sera étudié plus loin : de toute manière, cette législation ne nous serait pas d'un très grand secours au point de vue d'un droit positif de la police de la conservation, elle ne peut qu'à la rigueur lui servir de soutien logique, non de fondement réel.

Ce qu'il faut voir avant tout dans le véritable maquis juridique que constitue la législation en matière de voirie — en dehors du problème déjà examiné de l'utilisation du mot « conservation » — c'est l'organisation des compétences ; or on s'aperçoit que les différentes catégories de voies ne sont pas soumises au même juridique, particulièrement en ce qui concerne la possibilité de réglementation.

(96) *Supra*, 2e partie, paragraphe préliminaire.

L'étude même superficielle de la législation fait apparaître que la séparation la plus radicale est celle qui est organisée entre les voies urbaines d'une part, entre les voies nationales, départementales et rurales d'autre part. Or on s'aperçoit qu'à étudier les auteurs qui se penchent sur la police de la conservation, ceux-ci s'attachent presque exclusivement à la police de la conservation éventuellement détenue par le maire. Il est vrai que le maire est l'autorité de police type du droit administratif français, la plupart des études sur la police administrative ne tournent-elles pas autour de l'article 97 du Code de l'administration communale ? Pour la jurisprudence et, par suite, pour les arrêtistes, il faut opérer une distinction entre les différentes catégories de voies publiques et les différentes collectivités détentrices de ces voies ainsi que les autorités investies des pouvoirs de police par différentes lois.

A. — La voirie communale.

Si la voirie communale a été refondue par l'ordonnance du 7 janvier 1959, cette refonte n'a en rien affecté la police du maire sur cette voirie.

Les textes organisant cette police sont fort peu nombreux et peu explicites et c'est de là que naît, bien entendu, tout le problème de l'existence d'une police de la conservation.

Le maire dispose exclusivement des articles 97, 98 et 99 du Code de l'administration communale. Ces textes lui donnent essentiellement des pouvoirs en vue de la police de la circulation sur les voies publiques et privées ouvertes à la circulation. Néanmoins, l'article 98 pose un certain problème : « Le maire a la police des routes nationales et départementales, et des voies de communication dans l'intérieur des agglomérations, mais *seulement* en ce qui touche à la circulation sur lesdites voies et sous réserve des dispositions prévues par le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif aux routes à grande circulation. » Il n'est que trop facile d'inférer de la restriction opérée par le texte (seulement en ce qui touche à la circulation sur lesdites voies) qu'il y a une autre police, celle-là ne touchant pas à la circulation, et de là on en arrivera à la police de la conservation, dont on soutiendra d'une part qu'elle appartient au préfet sur ces traverses de routes nationales ou départementales, inversement, puisque sur les voies urbaines n'entrant dans aucune autre catégorie les pouvoirs du maire ne sont pas limités, on dira que le maire y a des pouvoirs de police de la conservation. La faiblesse de cette argumentation est évidente : de toute manière, il serait pour le moins curieux qu'une aussi importante police fût instituée par un texte de manière aussi détournée, obligeant à un raisonnement *a contrario* doublé d'un raisonnement par analogie (97) !

(97) D'ailleurs, la logique de la recherche sur le texte obligerait à faire considérer que celui-ci porte « seulement en ce qui touche à la circulation sur lesdites

En second lieu, on fait remarquer, en faveur de la thèse de la police de la conservation, que l'article 99 considère que le maire délivre les permissions de voirie sur les voies urbaines (« les permissions de voirie à titre précaire ou essentiellement révocable sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du maire... ») : on veut en déduire que, puisque les permissions de voirie sont celles qui modifient l'assiette du domaine, elles mettent en jeu des pouvoirs de conservation, on en voit la preuve encore une fois dans le fait que sur les traverses, le maire délivre les permissions de stationnement, mais non les permissions de voirie. Là encore, le raisonnement présente une faille, car s'il y a une différence établie entre ces deux catégories, cela est dû à des considérations financières qui jouent dans un double sens : *c'est la* collectivité « gardienne » du domaine qui en touchera les fruits, spécialement ces fruits, car c'est elle qui « entretient » ce domaine, *c'est donc elle* qui supporte les frais de réparation que pourront entraîner ces permissions de voirie ou qui éventuellement essaiera de les récupérer sur la personne du permissionnaire (98).

Il faut bien dire que la difficulté reste entière, et que l'on chercherait vainement pour le maire, dans les textes, une police de la conservation. Aussi l'appréciation de cette éventuelle police de la conservation dans la doctrine et la jurisprudence est-elle faite de manière parfois assez embarrassée. On en a un exemple dans la note de M. Pierre Laroque sous l'un des nombreux arrêts des années trente, dans lequel il essaie de faire une synthèse sur les pouvoirs de l'administration en matière de voirie (99). S'agissant de la police de la conservation du maire, la rédaction paraît embarrassée, en effet, après avoir semblé admettre le maire à la police de la conservation des voies urbaines qui n'entrent dans aucune autre catégorie (ainsi d'ailleurs que pour les chemins ruraux et les chemins vicinaux ordinaires — cette dernière catégorie de chemins n'existe d'ailleurs plus), M. Laroque écrit que, « en règle générale, le maire ne dispose, même à l'intérieur des agglomérations, d'aucun pouvoir en ce qui concerne la police du domaine sur les voies publiques » (M. Laroque considère le pouvoir du maire de délivrer des permis de stationnement sur toutes les voies publiques, comme une « atténuation » à ce principe).

Il en va de même pour M. Monsarrat, qui dans sa note déjà citée (100) « essaie de faire le point », c'est-à-dire qu'il cherche à déterminer l'état actuel de la législation et de la jurisprudence : or si M. Monsarrat — qui n'admet d'ailleurs pas la notion de police de

voies », c'est-à-dire qu'il ne semble pas considérer qu'il y ait une autre police, ni que la circulation constitue l'ensemble de cette police.

(98) Cf. sur cette interprétation, Y. Lenoir, Thèse citée, pp. 100-101. M. Lenoir étudiant l'importance de la technique de la « personnification » montre que « le rattachement d'un bien à une personne morale a servi à définir la personne à qui incombait l'entretien du bien et la responsabilité des dommages provoqués par ce bien ».

(99) Conseil d'Etat, 13 janvier 1933, S. 1933.3.41, note Pierre Laroque.

(100) D.P. 1928.3.45, voir aussi une brève note au D.P. 1930.I.27.

la conservation, mais pense que la « viabilité » est suffisante — peut faire un tableau qui comprend une série de textes touchant la voirie, seule la voirie municipale est exclue, faute de textes, et ne peut même pas, d'ailleurs, être protégée (sauf à Paris) par la législation de la grande voirie, mais se trouve dans un régime que M. Monsarrat appelle le régime « de droit commun » c'est-à-dire du Code pénal (ancien article 479-11°).

Le seul problème qui se pose, dès lors, est de savoir *d'une part*, si l'article 97 peut servir de fondement à une intervention visant la conservation comme but principal ou même exclusif (101) : c'est tout le problème — ou le faux problème — de l'arrêt Ramel que nous examinerons *infra*, dans notre étude de la jurisprudence, *d'autre part* si les « principes généraux de la domanialité publique » (102) peuvent servir de fondement à une telle police et dans quelles conditions : ce problème a déjà été abordé en partie avec l'exposé de la doctrine que nous avons fait, et sera encore repris dans notre critique de l'idée de police de la conservation.

B. — Les autres catégories de voies.

On voit apparaître, de plus en plus, l'incohérence et l'archaïsme de la législation.

En ce qui concerne les routes nationales et départementales, en effet, la doctrine appuie les pouvoirs du préfet sur le vieux texte du 22 décembre 1789 (sect. 3, art. 2 déjà cité), ce qui ne paraît pas réellement soutenable, pas plus d'ailleurs par le texte lui-même — qui ne semble pas conçu en forme de police, mais charge tout simplement les « administrations de département de veiller ... à la conservation des propriétés publiques et à celle des forêts, rivières et chemins et autres choses communes » — que par le contexte juridique, administratif et technique (103).

Cette loi s'applique de la même manière aux rivières, ce qui montre bien son inadéquation aux circonstances modernes ; bien plus, il existe des dispositions plus précises en matière de voirie fluviale qu'en matière de voirie routière (décret du 24 mai 1914 notamment).

Nous pouvons écarter de notre étude les textes que l'on citait autrefois, relatifs aux chemins vicinaux (loi du 21 mai 1836, art. 9

(101) Ce qui pose le problème connexe déjà rencontré, de savoir si le but de conservation pouvant rentrer dans les buts de l'article 97, il est réductible *ipso facto* à l'un de ses trois éléments tranquillité-sécurité-salubrité publiques, ou plus simplement à l'ordre public : dans cette optique donc, admettre la conservation dans l'article 97, c'est plus que jamais nier l'existence d'une police de la conservation.

(102) Cf. P. Laroque, note précitée sous « Mironneau », p. 43.

(103) C'est pourtant ce texte qui est communément présenté, pour fonder les pouvoirs du préfet, cf. la note Laroque sous « Mironneau » et la note de P.-L. J. sous « Ramel » précité, D.P. 1933.3.33 ; cf. aussi Récy, T. II, p. 4 ; Watrin : « La police de la circulation, *op. cit.*, p. 30-31 ; Ducrocq, T. IV, p. 361.

et 31), ou aux chemins ruraux (reconnus) : loi du 20 août 1881 (104) dont les articles les plus importants avaient été repris par le Code rural : ces textes ont perdu de leur intérêt, d'une part les chemins vicinaux n'existent plus, d'autre part l'ordonnance 59-115 du 7 janvier 1959 relative à la voirie des collectivités locales, classe les chemins ruraux qui ne sont pas transférés dans le domaine public (voies communales) dans le domaine privé des communes.

On le voit, le préfet est lui aussi assez démuni, mais, avec le maire, il peut encore puiser, parfois, dans certains textes généraux, qui trouvent leur origine dans le pouvoir réglementaire lui-même.

C. — Les textes réglementaires et l'organisation d'une police de la conservation.

La loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage a, en effet, prévu que le pouvoir réglementaire, par voie de règlements d'administration publique, pourrait fixer un certain nombre de règles, d'ailleurs enfermées dans certaines limites. Cette loi est très directement à l'origine du Code de la Route qui comporte un certain nombre de mesures intéressant de plus près la conservation des voies publiques.

a) Les barrières de dégel.

L'article R 45 du Code de la Route prévoit la possibilité de ces barrières de dégel : en fait, le texte précise bien qu'il s'agira de restriction à la circulation, et la jurisprudence entend assez strictement les pouvoirs des préfets en la matière (105).

b) La protection des ponts.

L'article R. 46 dispose que « sur les ponts qui n'offriraient pas toutes les garanties nécessaires à *la sécurité du passage*, le préfet ou le maire, suivant la nature des routes, peuvent prendre toutes dispositions qui seront jugées nécessaires pour assurer cette *sécurité* ... Dans les circonstances urgentes, les maires peuvent prendre les mesures provisoires que leur paraît commander *la sécurité publique*, sauf à en rendre compte à l'autorité supérieure ».

Ces dispositions très claires se passent de commentaires.

c) Les limitations de poids générales.

Sous le titre général de « Règles techniques » les articles R 54 à R 68 fixent un certain nombre de poids maxima admis à la circu-

(104) Cette loi de 1881 avait introduit une innovation originale, puisque les compétences du préfet et du maire s'y trouvaient concurrentes (art. 8 et 9) : le préfet établissait une réglementation générale alors que le maire était chargé de « la police et de la conservation ».

(105) C.E. 24 avril 1924, Rec. p. 375, sieur Lemaire : il y a illégalité à substituer un mode de limitation du poids des véhicules à un autre, pendant la fermeture des barrières de dégel.

lation, selon la caractéristique du véhicule : ainsi, le poids par essieu ne devra jamais dépasser 13 tonnes, le poids absolu admis est de 35 tonnes (avec semi-remorque). Il faut signaler que c'est un décret-loi du 30 juin 1934 qui avait fixé un premier poids maximum absolu de prise en charge (15 tonnes) : on peut présumer que c'est l'usure anormale des routes qui a provoqué cette mesure.

d) Le pouvoir réglementaire du Premier ministre.

La jurisprudence a reconnu, depuis l'arrêt Labonne, que le titulaire du pouvoir réglementaire avait des pouvoirs de police extrêmement larges, même en l'absence de texte : elle a étendu cette possibilité à la conservation du domaine mais, à vrai dire, il s'agit encore de cas d'exceptions (106).

§ 2. — La conservation comme but de police.

Il ne faut pas oublier que la jurisprudence ne peut agir en quelque sorte que négativement : ce n'est qu'à l'occasion de la naissance de difficultés contentieuses qu'elle est appelée à intervenir. Il y a donc eu plusieurs étapes logiques, mais aussi historiques, dans son intervention dans la matière du but de conservation. D'une part, les tribunaux ont toujours eu à connaître, sous une forme ou sous une autre, de problèmes relatifs à la conservation du domaine exercée par voie de police (municipale notamment), d'autre part, le Conseil d'Etat, en particulier entre les deux guerres mondiales, aura spécialement à connaître de ces problèmes, à cause du développement de l'automobile qui a causé des dégradations imprévues à la voirie — elles étaient anormales pour l'ancien réseau de voirie — ainsi que de l'incapacité de certaines collectivités (communes et départements) à couvrir par leur budget les conséquences de cette circulation automobile, circulation qui n'avait plus le caractère « anormal » qui pouvait permettre éventuellement de récupérer certaines sommes sur les auteurs de dommages causés à la voirie.

a) L'usure anormale des routes.

Nous avons déjà cité les deux premiers arrêts, par lesquels le Conseil d'Etat a admis que, sur la base de la loi du 29 floréal an X, qui prévoit « tous les dommages causés à la voirie », il était possible, pour l'administration, d'obtenir réparation de l'usure anormale causée, notamment, par la circulation de camions exceptionnellement

(106) C.E. 1er mars 1957, Fédération départementale des associations de pêche et de pisciculture de la Charente, Rec. p. 140 : sur cet arrêt, cf. Robert Ludwig : « Les ouvrages hydro-électriques et la sauvegarde des intérêts piscicoles », Cahiers juridiques Electricité et du Gaz, 1958, pp. 357-363 et 429-437.

lourds (107). On trouve encore un arrêt du même ordre en 1920 (108), mais cette procédure mal commode et compliquée va pratiquement disparaître.

Une brève tentative de l'administration, tendant à n'accorder aux constructeurs d'automobiles l'autorisation de procéder à des essais sur routes, que dans la mesure où ils accepteraient de souscrire un engagement « préalable et formel » de participer à la réparation ou à la consolidation de la voie publique empruntée, se heurta à la résistance de la Cour de cassation et resta sans lendemain (109).

Néanmoins, nous avons signalé que le Code de la Route avait introduit un certain nombre de limitations par le poids ou par la vitesse, ou dans certains cas même, par les deux combinées.

Enfin, il faut signaler le très ancien système des « subventions industrielles » pour l'entretien et la réparation des chemins vicinaux, qui avait été introduit par la loi du 21 mai 1836, et qui vient d'être considérablement élargi par l'ordonnance du 7 janvier 1959, puisque étendu à toute la voirie communale (110).

b) L'exercice par l'autorité municipale de « la police de la conservation ».

Il s'agit, avant tout, d'examiner ici les arrêts annotés par M. Monsarrat, qui sont les arrêts classiques en cette matière.

Un seul de ces arrêts concerne l'autorité préfectorale (111) : dans cet arrêt, le Conseil d'Etat annule la fixation de poids maxima par le préfet de police pour certaines catégories de voies régies par la loi de 1851. Il valide, par contre, certaines limitations de *vitesse* variant en fonction du poids des véhicules et suivant qu'ils servent ou non au transport de personnes et qu'ils sont munis de dispositifs amortisseurs, car ces mesures paraissent inspirées par la protection de « la *sûreté et la commodité du passage* » et ne traduisent pas un exercice abusif des pouvoirs du préfet de police (112).

(107) « Société des automobiles Brasier », 15 avril 1910, Rec. p. 320 (dommages causés par la vitesse excessive : 150 km/h ! ! et réparation sur base de la loi de 1851). Bastin-Lombard, 27 février 1914, S. 1914.3.81, note Hauriou qui, tout en défendant la notion d'usure anormale, montre l'urgence d'un nouveau Code de la Route.

(108) 17 novembre 1920, Société des distilleries des Deux-Sèvres, Rec. p. 969.

(109) « Société Michelin et autres », Cass. Crim. 26 janvier 1924, D.H. 1924. 165 ; cf. les remarques de M. Monsarrat, dans sa note précitée au D.P. 1928.3.45, ainsi que les textes ministériels qu'il cite, sur cette tentative.

(110) Cf. Dignac : « Les subventions industrielles », Thèse, Paris, 1930. Sur l'ordonnance de 1959 : la réforme de la voirie communale et ses conséquences pour les particuliers, J. Singer, A.J.-D.A., 1960.1.69.

(111) Syndicat général des transports publics automobiles de France, 29 juillet 1921 : à remarquer qu'il s'agit, en partie du moins, de ce droit administratif très spécial que constitue le droit parisien.

(112) Même rédaction (pour le maire) dans un arrêt « Société « l'auto-traction » et autres », 22 avril 1921, p. 390.

Il en va de même pour les autres arrêts qui concernent l'autorité municipale. Il est vrai que la plupart de ces arrêts ne concernent pas les voies municipales et que M. de Laubadère peut indiquer qu'il s'agit précisément de cas dans lesquels il y a dissociation de la police de la conservation et de la police de la circulation (113), mais, dans l'un de ces arrêts (114), il s'agit de la voirie urbaine et le Conseil d'Etat pense que : « considérant qu'il appartenait au maire de Bagnolet, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de réglementer dans l'intérêt général, *la circulation* des véhicules dans la *voirie urbaine*, et que les dispositions par lesquelles il a limité le poids des voitures admises à circuler dans certaines rues, n'ont, dans les *circonstances de l'affaire*, aucun caractère abusif ; d'autre part, le fait que ledit arrêté aurait pour effet d'alléger les dépenses de la commune n'est pas de nature à le faire regarder comme entaché de détournement de pouvoir ». L'arrêt semble assez clair, et ne laisse aucune place à une éventuelle police de la conservation : au surplus, s'il considérait le moins du monde l'existence d'une telle police, il ne pourrait discuter, comme il le fait, le bien-fondé du détournement allégué par le requérant.

Il ne nous semble pas que l'argument de M. de Laubadère puisse être ici retenu, au surplus, ni dans sa thèse, ni dans son Traité, M. de Laubadère ne cite d'arrêt qui admette une quelconque police de la conservation : M. de Laubadère reconnaît d'ailleurs que pour l'arrêt « Sté des plâtrières de Bagnolet », ce sont des considérations de sécurité qui l'ont emporté.

Il faut donc admettre les conclusions de M. Monsarrat qui ne voit dans cette série d'arrêts aucun revirement de jurisprudence : « le principe qui a inspiré le Conseil d'Etat n'a pas varié : les arrêtés municipaux et préfectoraux ne peuvent limiter le poids des chargements que s'ils constituent de véritables mesures de police », c'est ce qui ressort notamment des visas que le Conseil d'Etat a utilisé dans ces arrêts et qui sont, d'une part l'article 97, d'autre part l'article 62 du décret du 31 décembre 1922 (115) qui conféraient à l'autorité administrative le droit de prescrire les mesures qui ont pour objet ce qui intéresse soit « la sûreté et la commodité du passage dans les voies publiques » (art. 97), soit la « sécurité ou l'ordre public » (art. 62 du décret de 1922). C'est donc l'ordre public qui a justifié ces mesures lorsqu'elles sont validées. M. Monsarrat admet cependant que l'on peut relever au Conseil d'Etat une tendance à admettre comme intéressant l'ordre public « certaines considérations qui, il y a quelques années, ne paraissaient pas suffisamment liées à cet ordre public pour imprimer aux mesures qu'elles inspiraient le caractère de mesures de police proprement dit; et l'on peut, croyons-nous, dégager de ces arrêts le principe suivant : lorsqu'il est péremptoirement démontré

(113) Thèse, p. 227 sq., Traité, 3e éd., T. II, pp. 166-167, n° 314.
(114) Société des plâtrières de Bagnolet, 29 janvier 1926.
(115) Il s'agit du premier Code de la Route.

que la circulation de certains véhicules dégrade et détériore les chaussées de manière à les rendre difficilement accessibles aux autres véhicules ou, pratiquement irréparables, cette circulation peut être interdite ou réglementée, parce qu'il rentre dans les attributions administratives d'assurer la liberté et la commodité du passage dans les voies publiques et que cette liberté et cette commodité, à défaut d'une interdiction ou d'une réglementation de la circulation de ces véhicules seraient compromises ».

Il faut encore signaler quelques arrêts qui n'ont pas sensiblement modifié cette jurisprudence magistralement analysée par M. Monsarrat. Mais il faut étudier à part l'arrêt « Ramel » qui constitue une sorte de « mystère ».

Il s'agit essentiellement d'un arrêt « Sucrerie raffinerie de Brienon » (116) qui considère que le maire peut réglementer d'une manière particulière, ou même interdire, la circulation des camions automobiles ou autres véhicules dont les dimensions lui paraissaient de nature à compromettre la « sécurité sur les chemins ruraux de ladite commune, ainsi que le libre usage de ces voies, lesdits chemins n'ayant pas une largeur suffisante ... il n'a pu (cependant) sans porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de propriété, prononcer comme il l'a fait par l'arrêté attaqué et alors que la circulation des véhicules mus par un autre mode de traction n'a été l'objet d'aucune réglementation, l'interdiction générale et absolue de la circulation, sur les chemins ruraux, des camions automobiles, quels qu'en soient les dimensions et le poids... » : cet arrêt n'innove pas en soi, mais on relèvera simplement que le Conseil d'Etat fait à la matière pleine application des règles traditionnelles de la police administrative.

Il en va de même dans l'arrêt « Ratto et autres » (117). Il faut souligner qu'à plusieurs reprises, dans cette série d'arrêts, le Conseil d'Etat fait appel à la notion d'usage abusif des pouvoirs de police : il est curieux de relever, comme le fait M. Dubouis (118), que c'est pratiquement uniquement à l'occasion de l'utilisation des pouvoirs de police municipaux, et plus particulièrement lors de certaines restrictions à la circulation, que cette expression est relevée ; on ne la trouve guère plus après 1933-1934 (119).

Peut-on inférer quelque chose de cette utilisation de l'expression « abusif » en ce qui concerne les limites du pouvoir de police du

(116) 27 janvier 1928, Rec. p. 123.

(117) 6 janvier 1933, Rec. p. 123.

(118) Dubouis (Louis) : « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », Thèse, Poitiers, 1960. Biblioth. de droit public, T. 45-1962, cf. notamment, p. 27 sq.

(119) Cf. « Castillon du Perron », C.E. 13 juin 1913, Rec. p. 658 ; Sté l'Autotraction », 22 avril 1921, précité ; « Syndicat général des transp. publics aut. de France », précité ; « Mis », 5 août 1921, Rec. p. 819 ; « Sté des plâtrières de Bagnolet », précité ; « Sucrerie de Brienon », précité ; « Sté anonyme des usines Renault », 27 juillet 1928, p. 969, 2e espèce ; « Ratto », précité ; « Sté des établ. Boisforêts », 5.7.1933, Rec. p. 731.

côté de la conservation ? Même si cela était le cas, on ne pourrait en déduire que des aspects négatifs, non positifs : nous pouvons donc l'écarter, nous contentant simplement de le signaler, d'autant plus que M. Dubouis définit l'abus de droit par l'insuffisance des motifs, non par le détournement de pouvoir : la notion serait finalement fort proche — selon M. Dubouis — de l'absence de motifs.

Cette série assez claire d'arrêts a paru être remise en cause par l'arrêt Ramel du 16 juin 1933, dont nous avons déjà parlé et qu'il convient d'analyser quelque peu (120).

c) Le mystère de l'arrêt Ramel Frères du 16 juin 1933.

« Considérant que, s'il appartient au maire, en vertu des articles 97 et 98 de la loi du 5 avril 1884, d'édicter à l'égard des entreprises privées de transport, utilisant les voies publiques de sa commune et pour celles de ces voies *qui sont placées sous son autorité*, les dispositions qui sont commandées, soit par la sécurité et la commodité de la circulation, *soit par la conservation du domaine public...* »

Cette incidente de quelques mots « soit par la conservation du domaine public » a déclenché une assez importante controverse juridique. Celle-ci se déroule sur deux plans nettement différents, en premier lieu, l'arrêt appuie la police de la conservation sur les articles 97 et 98, ou plus exactement, il affirme que ces textes peuvent être utilisés en vue de la conservation du domaine public. Mais comme nous l'avons déjà souligné, cette manière de penser équivaut en réalité à reconnaître que la police de conservation n'a de sens et de portée légale que dans la mesure où elle vise la sécurité et la commodité : en d'autres termes, la conservation semble être admise en tant que telle, mais uniquement par le biais plus général de l'ordre public, le seul moyen, dès lors, de faire admettre une police de la conservation aurait paru être — du moins pour le Conseil d'Etat — de rattacher la conservation à la sécurité — commodité, c'est-à-dire à la viabilité. Mais il ne s'agit là que du premier aspect de la question. Le second — étroitement lié au premier d'ailleurs — est que l'on admette une telle police de la conservation du domaine : en effet, le prétexte logique de l'ordre public, dernière restriction, n'est qu'une façade, car, en fait, on admet dès lors que le maire pourra intervenir dans un but de conservation du domaine public, sur la base des articles 97 et 98, sans même à devoir faire la preuve — ce qui était somme toute le régime établi par les arrêts commentés au paragraphe précédent — qu'un but d'ordre public est visé d'une manière ou d'une autre : en quelque sorte, la conservation vient compléter la trilogie tranquillité-sécurité-salubrité publiques, c'est d'ailleurs bien ainsi que l'entend M. Papanicolaidis qui ajoute la protection de l'intégrité du domaine à sa définition de la police administrative.

(120) La rédaction la plus classique se retrouve à des époques plus récentes : C.E. 6 avril 1951, Vila et Ribouleau, Rec. p. 180 et Cass. Crim. 23 décembre 1952, commune de Gézier c/ Cusenier, Bulletin, n° 320, p. 529.

Malheureusement, les conclusions du commissaire du gouvernement sous cet arrêt Ramel n'ont pas été publiées (121), ce qui est très regrettable, car elles nous auraient certainement éclairé.

Il faut d'abord préciser les circonstances. Il s'agit, une fois de plus, d'un arrêt intervenant dans la question de la protection des concessionnaires des collectivités locales contre la concurrence à eux faite par des entreprises de transport appartenant à des particuliers. En l'espèce, les maires de différentes communes (de la région d'Annemasse), avaient essayé de protéger le concessionnaire du département contre l'activité des établissements Ramel Frères : le Conseil d'Etat était donc invité à développer la jurisprudence de l'arrêt « Société des Autobus Antibois » à la protection par le maire du concessionnaire non pas de la commune — comme dans l'arrêt du 29 janvier 1932 — mais du département : le Conseil d'Etat s'y est refusé, estimant que par lesdits arrêtés (interdisant le stationnement des véhicules appartenant à la Société Ramel) que les maires n'ont pas envisagé l'un ou l'autre de « ces objets de la police municipale » (c'est-à-dire d'une part sécurité et commodité de la circulation, d'autre part la conservation du domaine public), mais qu'ils se sont proposé de régler une question de concurrence entre l'entreprise privée de transports par automobiles des sieurs Ramel et le service concédé par le département à la Compagnie des Chemins de Fer Economiques du Nord, « que cette question ne rentrait pas dans les attributions des maires des communes traversées par les automobiles des sieurs Ramel et qu'il ne pouvait appartenir qu'à l'autorité supérieure de les régler ».

L'arrêt Ramel n'apporte en fait rien de neuf au problème de la coordination des transports, s'il est rapporté dans les recueils, c'est au Dalloz, en même temps que l'arrêt Planche (122) et au Sirey, M. Laroque qui le commente, traite beaucoup plus des arrêts Mironneau et Planche (123).

Il est intéressant de constater que ni M. Laroque, ni M. P.-L. Josse ne relèvent l'apparente nouveauté de la décision Ramel : M. Laroque note que le maire « peut user de ses pouvoirs de la circulation et de la conservation », mais ne s'explique pas davantage sur les pouvoirs de « conservation », se contentant, pour le surplus, de renvoyer à l'arrêt « Société des autobus antibois » (124), lequel ne traite en aucune façon de police de la conservation. M. P.-L. Josse a une position plus curieuse encore, puisqu'il distingue entre les pouvoirs du maire relatifs à la police de la circulation et de la conservation d'une part, à l'exploitation du domaine d'autre part, le renvoi aux « Autobus Antibois » étant ici relativement plus justifié : cependant, quel-

(121) Elles sont de M. Latournerie.
(122) Planche, 23 juin 1933, D.P. 1933.3.33, concl. Rivet, note P.-L. Josse.
(123) Mironneau, 13 janvier 1933, D.P. 1933.3.8 ; S. 1933.3.41, note P. Laroque.
(124) Ainsi qu'à sa note sous « Mironneau » qui comporte certains développements sur la conservation et des formules contradictoires sur les pouvoirs du maire.

ques lignes plus avant dans son commentaire, M. P.-L. Josse indique que, à l'inverse du préfet, le maire n'a « en général » pas la police du domaine ! On le voit, la position est très ambiguë, cela est d'autant plus curieux que dans « Ramel », M. P.-L. Josse avait précisément une occasion de baser solidement la police de conservation.

Nous ne revenons pas sur les critiques formulées à l'égard de cet arrêt « Ramel » par M. Teitgen d'une part, par G. Maroger d'autre part, et que nous avons suffisamment développées (125). On pourra s'y reporter, notamment, en ce qui concerne l'explication en quelque sorte « grammaticale » de l'arrêt Ramel que donne Maroger selon lequel il faut considérer le membre de phrase « incriminé » comme une simple incidente qui s'explique avant tout par le contexte (126). M. Teitgen semblait même considérer que l'arrêt « Boisforêts » précité était déjà un recul : cela paraît assez rapide puisque « Ramel » est du 16 juin 1933 et « Boisforêts » du 5 juillet 1933 (127) !

Il faut signaler cependant, que malgré une très apparente prudence, M. de Laubadère semble accepter cet arrêt Ramel (128).

L'arrêt Ramel peut donc être tenu pour un accident dans la jurisprudence, néanmoins, il devait entraîner de très importantes conséquences. En effet, étudiant les embarras de la doctrine, nous avions terminé en montrant les tentatives de dépassement de MM. Watrin et Martres qui essayaient de faire passer la police de la conservation dans la gestion ou dans les pouvoirs patrimoniaux de la domanialité publique. L'arrêt Ramel va permettre — en partie — ce même mouvement de dépassement, en contribuant à donner le pas à la gestion sur la police, particulièrement dans la mesure où on le prenait comme un arrêt de principe, et non comme un arrêt de « circonstance » : c'est ce mouvement que nous allons rapidement étudier dans le paragraphe suivant : il ne s'agira que d'une vue rapide, car le problème de la gestion sera repris en détail dans le titre deuxième et ne nous intéresse, ici, que dans la mesure où il apparaît comme un dépassement du problème de la police de la conservation.

(125) *Supra*, pp. 72 et 79.

(126) Maroger, p. 258 : Maroger pose d'ailleurs immédiatement, après avoir rejeté la solution Ramel dont l'intention novatrice ne lui semble pas certaine, le problème de savoir si l'administration peut baser sur ses pouvoirs de police générale des mesures ayant pour objet unique la conservation : la réponse est négative, dans la mesure où l'acte incriminé se fait au détriment de l'affectation, c'est-à-dire de la circulation, cf. « Robert », 26 février 1936, Rec. p. 247.

(127) Teitgen, p. 96 : M. Teitgen pense que l'arrêt « Ramel » ne serait qu'un arrêt de « circonstance » : on a peine à le croire car, dans l'espèce, la décision aboutit à un rejet, il n'était donc pas besoin de ce détour.

(128) Cela est très net dans la thèse (cf. p. 227) mais plus nuancé dans le Traité, p. 167, n° 314 où M. de Laubadère semble tenir compte des critiques percutantes de M. Teitgen et de Maroger.

§ 3. — De la police de la conservation à la gestion domaniale et aux « pouvoirs domaniaux ».

On va assister, en effet, à une tentative de dépassement analogue à celle que nous avons constatée dans la doctrine. Cette tentative se déroulera à partir de l'arrêt « Ramel » d'une part, sur un plan plus général, par la reconnaissance de certains pouvoirs de réglementation aux autorités administratives, selon des modalités et des techniques particulières; mais il faut remarquer que, de toute manière, l'ensemble de ce mouvement reste étroitement lié aux circonstances particulières de l'entre-deux guerres, en particulier à l'épineux problème de la coordination des transports.

a) Les suites de l'arrêt « Ramel ».

Si, ainsi que nous l'avons indiqué, les annotateurs de l'arrêt Ramel n'avaient pas semblé attacher une importance particulière à la reconnaissance du but de conservation qui s'amorçait, on trouvera, très peu de temps après, dans les conclusions du commissaire du gouvernement Andrieux, sous une affaire « Beaumont » (129), des indications intéressantes ainsi qu'une interprétation très large de l'arrêt Ramel.

Il s'agit, dans cette affaire — dont les détails ne nous intéressent guère — de savoir si le préfet du Pas-de-Calais a pu, sur la base de l'article 62 du Code de la Route (qui soumet les entreprises de transport à une simple déclaration) et des articles 97 à 99 de la loi municipale, non seulement — à raison des circonstances spéciales — soumettre les entreprises de transports à un régime d'autorisation spéciale, mais aussi étendre ce régime exorbitant de l'autorisation à l'ensemble des lignes du département, sans considération de circonstances. Il y a donc une certaine limitation de la possibilité du préfet de soumettre les entreprises de transports à un régime particulier. La jurisprudence Beaumont marque donc, en quelque sorte, le point extrême auquel ont pu atteindre les autorités de police, sur la base des pouvoirs classiques : on remarquera que ces deux arrêts Beaumont et Meley interviennent trois mois après l'entrée en vigueur du régime interventionniste réalisé par le décret-loi du 19 avril 1934, mais concernent, bien entendu, des affaires qui sont nées avant ce décret. Ils n'en sont que plus intéressants.

Or l'argumentation du commissaire du gouvernement Andrieux était remarquable, car elle reprenait — en partie du moins — l'arrêt Ramel et en donnait une interprétation très extensive. Résumant la jurisprudence intervenue depuis 1930, M. Andrieux en décrit les limi-

(129) C.E. 11 juillet 1934 « Beaumont » (2 espèces), D. 1934.3.41, conclusions Andrieux et S. 1935.3.33, conclusions Andrieux : seules les conclusions dans la première espèce nous intéressent.

tes après l'arrêt « Autobus Antibois » en ces termes : « ... mais les pouvoirs du maire ne peuvent ainsi résoudre qu'une partie des difficultés, la concurrence pouvant exister par rapport à des entreprises concédées par une personne publique autre que la commune, ou pour des entreprises concédées n'ayant pas de monopole à l'égard du domaine où circulent les transports automobiles. Votre décision du 16 juin 1933 (Ramel) y pourvoit en introduisant la notion de pouvoirs de police *tirés de l'intérêt de la conservation du domaine*, qui appartiennent au maire en ce qui concerne le domaine placé sous son autorité et pour le surplus à l'autorité supérieure. C'est là un prolongement de votre jurisprudence sur les actes de voirie, notamment les permissions ont pour fondement la notion du bon aménagement du domaine public, en vue des besoins pour lesquels il a été créé. L'intérêt général, l'intérêt du service public pour lesquels est aménagé ce domaine, dont suivant les cas, *le maire ou le préfet a la garde*, le caractère exceptionnel de l'occupation du domaine pour les transports en commun en vue d'en faire le siège d'une industrie, suffisent à justifier légalement *ces pouvoirs de police* à l'égard des occupations dont il s'agit ... Ces pouvoirs, en quelque sorte domaniaux, ont été consacrés par le décret du 19 avril 1934, puisque c'est à de simples arrêtés ministériels qu'il confie le soin de réaliser la coordination des transports ».

Malgré quelques obscurités ou ambiguïtés, l'intention de M. Andrieux est assez nettement perceptible ; de la reconnaissance de la police de conservation, on passe à son extension en pouvoirs domaniaux. Cette idée de pouvoirs domaniaux est — à l'époque — en voie de développement, elle aboutira, une vingtaine d'années plus tard, à la consécration des pouvoirs domaniaux par la reconnaissance des pouvoirs de gestion de l'administration sur le domaine public, comme catégorie autonome (130), opposables aux permissionnaires et susceptibles même d'entraîner des conséquences sur le plan de la police pure. Ce thème des pouvoirs domaniaux et des « principes tirés de la domanialité publique » était notamment défendu par M. Laroque dans ses notes parues entre 1932 et 1935, en particulier à partir de son classique commentaire sous « Autobus Antibois » dans lequel il essayait de rassembler police et gestion (131). Nous avons vu ce qu'en pensait M. Watrin, qui ne pouvait admettre la fusion de ces idées, mais leur simple juxtaposition et qui soutenait que « c'est à tort que l'on prétend que le Conseil d'Etat valide aujourd'hui des mesures de police ayant pour but l'exploitation du domaine public » (132).

Il faut aussi relever l'interprétation quelque peu curieuse du décret du 19 avril 1934 : M. Andrieux est le seul auteur, à notre con-

(130) C.E. 20 décembre 1957, « Société Nationale d'éditions cinématographiques », Rec. 702, S. 1958.73 ; cet arrêt sera détaillé *infra*, titre 2.

(131) Note au S. 1932.3.65 ; cf. la note sous « Mironneau » : M. Laroque écrit sous « Aut. Antibois » : « Police et gestion n'apparaissent plus comme des notions antinomiques, mais comme des qualifications différentes d'une même activité. »

(132) « La police de la circulation », p. 19 sq.

naissance, qui ait pensé rattacher ce décret à la notion de domanialité : M. de Laubadère qui donne pourtant à la notion de domanialité, par le biais de la propriété du domaine, une extension certaine et qui préfère expliquer la jurisprudence de la coordination des transports par la domanialité, avait marqué cependant que ce décret relevait des principes du dirigisme (133). Cette interprétation domaniale du décret du 19 avril ne se retrouve nulle part : elle est caractéristique, cependant, d'un état d'esprit qui avait voulu, vers 1932-1935, expliquer de nombreuses interventions par la domanialité : la position de M. Watrin marque une première réaction contre cette tendance première de la jurisprudence.

Ce qu'il faut donc retenir de cette série de remarques de M. Andrieux, c'est leur convergence vers une autre manière d'envisager la police de la conservation, qui débouchera sur la gestion du domaine. L'arrêt Ramel, dans cette optique, constitue donc une étape importante.

b) Réglementation et conservation.

Dans certains cas, en effet, et malgré les nombreuses restrictions sur lesquelles nous avons insisté, la jurisprudence a semblé se rapprocher d'une conception « réglementaire » de la police de la conservation. Cette attitude est cependant prudente, elle varie suivant la nature de la voie considérée, mais on a pu remarquer, à certaines époques tout au moins, une progression relative.

Ainsi, si l'arrêt Ramel a pu apparaître finalement comme très isolé, on trouve quelques formules approchantes par la suite. Un arrêt du 26 février 1936 (134) s'exprimera ainsi : « Considérant qu'il appartient au maire en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 90 et 97 de la loi du 5 avril 1884, de réglementer *dans l'intérêt général, la circulation* des véhicules sur les chemins vicinaux ordinaires ; (considérant) que les prescriptions de l'arrêté attaqué du 15 septembre 1934, par lesquelles le maire de la commune de Saint-Romain-du-Mont-d'Or a interdit la circulation sur le chemin vicinal n° 7 des véhicules avec bandages de fer dont le *poids est supérieur à 1.200 kilos* n'excèdent pas eu égard à l'*état dudit chemin et à la nature de son sous-sol,* les mesures qui pouvaient être légalement prises dans l'*intérêt de la circulation et en vue de la conservation du domaine public;* que d'autre part, la circonstance que ledit arrêté aurait pour effet d'alléger les dépenses de la commune n'est pas de nature à le faire regarder comme entaché de détournement de pouvoir. »

Nous avons tenu à citer cet arrêt *in extenso,* car il nous paraît très caractéristique de l'évolution de la jurisprudence : tout se passe, en effet, comme si l'on voulait reculer au maximum la limite permise

(133) M. de Laubadère, Thèse citée, p. 319 sq et 363 ; *infra,* 2e partie.

(134) 26-2-1936, Robert, Rec. p. 247, cf. aussi « Berton », 16 juillet 1941, Rec. p. 136.

dans l'intérêt de la conservation, sans pourtant vouloir (ou pouvoir) admettre celle-ci comme but exclusif : il est certain que dans de très nombreux arrêts, le motif surabondant est, en réalité, le motif principal et même parfois exclusif, mais il n'est pas possible de le reconnaître réellement.

Paradoxalement, là où la jurisprudence admet le plus largement ces pouvoirs de conservation, c'est-à-dire sur le domaine public maritime et fluvial, ceux-ci sont en réalité le moins probants; car le motif principal est en réalité, peut-on dire, « légalement » sous-entendu; sécurité de la navigation, comme nous le verrons encore, cela résulte d'un certain nombre de textes dont la plupart sont de l'Ancien Régime. Cette constatation est tellement vraie, qu'en ce qui concerne par exemple le rivage de la mer, certaines atteintes ne seront réprimées que si elles ont été préjudiciables à la navigation (135).

Ainsi un arrêt du 26 mars 1920 reconnaît la validité d'un arrêté préfectoral qui subordonne toutes les extractions de sable à une autorisation car : « Le préfet n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui ont été conférés en vue d'assurer dans l'intérêt général la conservation du rivage de la mer » (136), il s'agit d'un arrêté qui ne fait en réalité qu'appliquer l'ordonnance de la marine de 1681 (137).

Enfin, en matière de délivrance de permissions de voirie, la jurisprudence a été amenée à préciser les pouvoirs du préfet « en vue de la conservation du domaine public national » : ainsi un arrêt dame Préa affirme qu'en retirant la permission de voirie de la requérante « le préfet de Constantine et l'administration des Ponts et Chaussées n'ont fait qu'user des pouvoirs qui leur ont été conférés en vue d'assurer dans l'intérêt général la conservation du rivage de la mer; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de cette mesure » (138), la même rédaction se trouvera, pour le domaine public national terrestre par exemple, dans un arrêt « Demoiselle Prudhomme » (139).

On signalera encore l'aspect financier de la jurisprudence en matière de conservation : il n'y a sur ce point aucune évolution, le motif financier s'il est déterminant reste illégal, la jurisprudence ne l'admet pas : peut-être marquerait-elle une certaine tendance à considérer plus facilement ce motif comme surabondant (140) : nous retrouverons cet aspect financier de la question lorsqu'il s'agira d'expliquer le cas des voies privées ouvertes à la circulation.

(135) Voir P.-M. Juret : « Le domaine public maritime », Dalloz, 1964, p. 203 sq.
(136) Chappoulie et Moussempès, 26 mars 1920, Rec. p. 364.
(137) Sur ces points, cf. J.-J. Chevallier, Thèse précitée, p. 90 sq. Cf. également un arrêt « Voisin », du 1er mars 1901, Sirey, 1903.3.109.
(138) Dame Préa, 9 juillet 1952, Rec. p. 368.
(139) Demoiselle Prudhomme, 19 juillet 1933, Rec. p. 816.
(140) Arrêts classiques : Moreau-Forgeot et autres, 1911, p. 559. Javal, 1916, p. 93.

CHAPITRE II

Critique de l'idée d'une police de la conservation.

Certes, notre exposé de la conception de la police de la conservation que se font divers auteurs ou la jurisprudence a été émaillé déjà de nombreuses critiques, portant tant sur le fond que sur la forme : il ne pouvait en être autrement (1). Il s'agit maintenant de chercher à présenter une critique systématique de l'idée de police de la conservation, à travers les divers éléments qui la sous-tendent : propriété (chez certains) du domaine public (ou de la voirie) ; rapports police-propriété ; domanialité publique et grande voirie ; activité de conservation et police de la circulation (2).

La section première sera consacrée aux éléments fondamentaux de la théorie de la police de la conservation : propriété et régime de grande voirie.

La section seconde sera consacrée à la décomposition de la théorie de la police de la conservation, à la lumière de ce qui aura été obtenu, puis à un essai de présentation de l'activité de conservation dans le cadre de la police générale.

Section I

CRITIQUE DES ELEMENTS FONDAMENTAUX DE LA POLICE DE LA CONSERVATION

La police de la conservation, nous l'avons indiqué à chaque fois, repose essentiellement dans la théorie sur deux éléments fondamen-

(1) Surtout dans la mesure où il s'agissait d'auteurs qui, pour la plupart n'admettaient pas — en réalité — l'idée d'une police de la conservation, ne reprenant à leur compte que l'expression.

(2) Laquelle englobe la police de la commodité et de la sécurité (viabilité).

taux : le premier est l'existence d'un régime répressif spécial : la grande voirie, c'est l'existence de celui-ci qui permet de conclure que le législateur a fait de la protection de l'intégrité matérielle du domaine public, une catégorie particulière d'infractions, on parle ainsi de la protection pénale du domaine public. Il convient donc de s'y attarder quelque peu. Le second élément est celui qui a permis à un certain nombre d'auteurs (J. Laferrière, M. de Laubadère) de franchir un pas supplémentaire, en affirmant pratiquement l'existence d'une police de la conservation directement en rapport avec la domanialité publique, c'est sur le principe de la propriété du domaine que l'on se baserait alors.

§ 1. — Domanialité publique, grande voirie et conservation.

a) Bref aperçu du régime répressif de la grande voirie.

Nous excluons le régime dit de petite voirie qui est assimilé pleinement aux contraventions à la police de la circulation, par le biais de l'ancien article 471-15° devenu R 26-15 (3).

On peut définir sommairement le régime des contraventions de grande voirie, comme un mode particulier de répression de certaines infractions commises sur certaines parties du domaine public (certaines de ces contraventions ne sont pas commises sur le domaine public).

Ces contraventions trouvent leur origine dans certains textes de l'Ancien Régime, dont un grand nombre sont encore en vigueur : la loi des 19-22 juillet 1789 l'a expressément indiqué (4). Parmi les textes les plus importants, on peut citer l'ordonnance de la Marine de 1681 et un arrêt du Conseil du 24 juin 1777, qui définit les contraventions sur le domaine public fluvial.

Le texte fondamental en la matière est cependant la loi du 29 floréal an X qui dispose que les contraventions de grande voirie « seront poursuivies et réprimées administrativement » : la caractéristique essentielle de ce régime était donc à l'origine, on le voit, la répression devant les tribunaux administratifs (Conseils de préfecture) : elle subsiste encore en grande partie, pour toutes les contraventions commises sur la grande voirie autre que terrestre (5).

Le délit essentiellement réprimé est la dégradation matérielle de la voie, mais il y en a d'autres : anticipations, dépôts, etc... (ainsi que non-respect de la législation sur l'alignement) : on y a même rajouté le vol des matériaux nécessaires aux travaux sur la voie publique (ordonnance du 27 décembre 1958 qui a abrogé mais repris sans

(3) Cf. de Laubadère : « Traité », *op. cit.*, p. 167, n° 317.
(4) Cf. la liste de ces très vieux textes dans Walker, précité.
(5) Sur les diverses acceptions de l'expression « grande voirie », cf. *infra* *b*) et *c*).

modifications le décret du 28 décembre 1926 qui supprime la compétence des conseils de préfecture en matière de voirie terrestre).

Mais le régime de la grande voirie a été étendu à d'autres catégories de biens :

— aux rivages de la mer, par un décret du 10 avril 1812;

— à la voirie ferroviaire, par la loi du 15 juillet 1845 qui soumet, en son article 1er, les chemins de fer à la grande voirie (6) ;

— aux lignes télégraphiques, par un décret du 27 décembre 1851;

— aux rues de Paris, par un décret du 26 mars 1852 (« les rues de Paris continueront d'être soumises à la grande voirie »), etc.

La caractéristique fondamentale du régime de la grande voirie est donc, on le voit, que la répression est liée, non pas tant à la nature du délit qu'à celle de la voie où celui-ci a pu être commis (7).

Il faut souligner aussi que la contravention de grande voirie se décompose essentiellement en deux éléments nettement distincts : d'une part, une amende (8) — c'est elle qui imprime à la contravention de grande voirie son caractère pénal (9) — d'autre part, ce que E. Laferrière appelait « l'action domaniale » qui consiste en la réparation du dommage causé. Ces deux éléments sont totalement indépendants l'un de l'autre : si l'amende se prescrit, en effet, par un an, l'action domaniale relève, elle, typiquement de la domanialité publique, car comme celle-ci, elle est imprescriptible — ce qui la différencie de l'action civile à laquelle on a trop souvent voulu la réduire.

Nous ne pensons pas utile d'entrer ici dans les détails techniques concernant les contraventions de grande voirie : nous aurons encore l'occasion de souligner tel ou tel aspect de ce régime, notamment en ce qui concerne le problème de la superposition de ce régime à celui de la domanialité publique (10).

b) Les deux sens de la notion de grande voirie.

C'est une difficulté supplémentaire que l'on trouve lorsque l'on étudie le problème de la grande voirie et celui de la domanialité publique.

(6) On sait que c'est de cette soumission au régime de la grande voirie qu'on a déduit la domanialité publique des voies ferroviaires.

(7) La circulation d'une voiture sur un chemin de halage reste — même après la réforme de 1926 — une contravention de grande voirie, réprimée administrativement — 1933, Rec. p. 108.

(8) A l'origine, les amendes étaient « arbitraires » : elles sont inscrites dans des normes maxima et minima depuis une loi du 23 mars 1842.

(9) Le caractère pénal de la contravention de grande voirie a souvent été contesté au XIXe siècle (cf. Laferrière, II-630). Il a donné lieu, à la fin du siècle dernier, à des discussions homériques. Aujourd'hui, on admet généralement le caractère pénal (cf. Giudicelli, *op. cit.*, p. 25 sq.).

(10) La bibliographie est immense sur le problème des contraventions de grande voirie, cf. notamment : Bonnard, Thèse citée, J.-J. Chevallier, Thèse citée, Besse-Lagrave : « De la compétence administrative et judiciaire en matière domaniale », Thèse, Poitiers, 1924 ; Giudicelli, Thèse citée.

Cette dualité de signification du terme « grande voirie » a essentiellement des raisons historiques : sous l'Ancien Régime, en effet, une confusion totale régnait en matière de voirie, plus particulièrement, à partir du milieu du XVIII[e] siècle. Le mot de voirie lui-même avait perdu sa signification primitive : il pouvait signifier « voies de communication » — ce qui est d'ailleurs son sens originel (11) — ou par extension « ensemble des voies de communication », puis, très rapidement, on en est venu à lui donner le sens de « règles relatives à la voie publique » (12), enfin celui de « police de la voie publique », finalement il représente l'équivalent de la police de la conservation.

La difficulté provient de ce que ces différents sens ne se sont pas succédés en s'éliminant les uns les autres, mais qu'ils continuent à coexister, même en législation. En particulier, le mot grande voirie a deux sens bien précis, fort bien analysés par M. Trotabas (13).

La distinction entre grande et petite voirie est, en effet, double : d'une part, il y a un aspect *technique* qui distingue les voies de la grande voirie (routes nationales et départementales, par exemple), des voies de la petite voirie (voies urbaines), mais d'autre part, il y a un aspect proprement *juridique* : la grande voirie est tout ce qui touche à l'intégrité matérielle de la voie publique, la petite voirie ce qui a trait à la police de la circulation, même sur des voies qui sont « techniquement » de la grande voirie. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les rues de Paris qui sont, on le sait, rangées « techniquement » dans la grande voirie, il peut y avoir des contraventions de grande et de petite voirie, mais il faut souligner que cette dualité est particulièrement caractéristique de Paris (14). En effet, à Paris, l'arrêté des consuls du 12 messidor an VIII a chargé le préfet de police de la petite voirie, ce qui signifie très précisément la police générale. Dans la célèbre affaire Lutetia-Wagram, le Tribunal des Conflits s'exprime ainsi : « Le conseil de préfecture n'a compétence d'après la loi du 29 floréal an X, pour réprimer les contraventions de voirie commises dans lesdites rues (de Paris) qu'autant qu'elles consistent ... en faits ... pouvant atteindre à la largeur de la voie publique ou en compromettre la conservation. » Il faut se rappeler ici que, avant la réforme de 1926, un intérêt supplémentaire s'ajoutait à la distinction, c'est celui de la compétence répressive : judiciaire ou administrative, selon les cas.

(11) Cf. J.-J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 12 et Pierre BRUN : « Inventaire des arrêts du Conseil du Roi du 7 novembre 1775 au 6 décembre 1775 et aspects de la voirie dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle », Thèse, Paris, 1955, cf. p. 221 sq.

(12) C'est le sens que lui donne DUCROCQ, *op. cit.*, p. 275 sq.

(13) Trotabas, Thèse citée, p. 85 sq ; cf. aussi Giudicelli, p. 14, n° 4 et de Laubadère, Traité, p. 168, n° 317.

(14) Cass. Crim. 30 juin 1893, Hubert Brière, D.P. 1894.I.193, note Louis Sarrut et Trib. Conflits Lutetia-Wagram, 19 mai 1917, Rec. 421, BIDAUX : « Des servitudes et des charges imposées aux riverains de Paris », Thèse, Paris, 1907, pp. 7-8 ; J.-J. Chevallier, p. 58-59 (jurisprudence abondante).

c) *Domanialité publique et grande voirie.*

C'est dans les caractéristiques du régime de la grande voirie que les auteurs ont vu l'une des pièces maîtresses de la domanialité publique et de sa protection pénale : on en a vite conclu à l'existence d'une police spéciale, la police de la conservation du domaine public.

Les auteurs partisans de cette police de la conservation sont cependant obligés de souligner que « la police de la conservation n'existe pas sur tout le domaine public. Elle n'existe, en effet, que là où elle est prévue par des textes spéciaux, différents des textes qui, tel l'article 97 de la loi municipale, attribuent le pouvoir de police générale. Or ces textes spéciaux ne prévoient en fait la police de la conservation que sur certaines dépendances du domaine public, à savoir d'une manière générale la voirie : voirie terrestre et fluviale, ports, rivages de la mer et leurs dépendances immédiates » (15).

Hauriou, qui fut sans doute le premier à utiliser l'expression « police de la conservation » relève que « la police du domaine public ne forme pas un corps de règles pour toutes les dépendances du domaine public, mais seulement pour la voirie » (16).

Il est clair, de toute manière, que c'est au plus de protection spéciale de la voirie que l'on peut parler, non pas tant que d'une police de la conservation du domaine public. Cela est si vrai, que la doctrine avait, en son temps, vivement critiqué l'extension — sans texte — de la législation de la grande voirie aux cours d'eau en Algérie, qui faisaient tous partie du domaine public, qu'ils fussent navigables ou non. Ainsi, Ducrocq écrivait (17) : « Le classement des cours d'eau non navigables dans le domaine public n'est pas suffisant pour rendre applicables aux cours d'eau non navigables de l'Algérie la législation et la juridiction sur la législation de la grande voirie ... Lorsque cette compétence répressive des Conseils de Préfecture et du Conseil d'Etat a été étendue en dehors de cette police des voies de communication, elle l'a été par des textes formels et jamais par la seule attribution de la domanialité publique. »

Il y a donc une non-superposition de la grande voirie et du domaine public qui se traduit doublement : d'une part, en effet, tous les biens du domaine public ne sont pas soumis à la grande voirie (bâtiments, cimetières, par exemple), mais d'autre part, certains biens qui ne font pas partie du domaine public sont soumis à la grande voirie, tels par exemple, les chemins de halage, les arbres des collectivités locales, les anciens canaux concédés à perpétuité, les canaux de dessèchement et d'irrigation (18).

(15) de Laubadère, *op. cit.*, p. 166, n° 313.
(16) 7e édition, p. 726.
(17) *Op. cit.*, T. IV, p. 59, n° 1674 ; voir aussi Jansse, *op. cit.*, p. 109, note 23 ; également Répert-Béquet : « Algérie », 1146 ; Marsalès : « Des contraventions de grande voirie et assimilées », Thèse, Paris, 1906, p. 375.
(18) Ducrocq, T. IV, pp. 177-178.

Récy souligne également cette non-superposition : « Domaine public et grande voirie ne sont pas absolument synonymes ... le régime de la grande voirie n'est pas applicable au rivage de la mer, sauf en ce qui concerne les travaux et constructions. Il ne s'étend pas davantage aux fortifications, aux arsenaux maritimes, aux ports de mer, aux églises. » (19). Un jugement du Conseil de préfecture de la Seine avait formulé ainsi cette non-identification : « Considérant que si les eaux de Paris dépendent du domaine public les infractions relevées à leur sujet doivent, pour être réprimées par le conseil de préfecture constituer des contraventions de grande voirie. » (20).

A quelque point de vue qu'on se place, il ne paraît pas possible de considérer la contravention de grande voirie comme ayant pour fonction de protéger l'intégrité matérielle du domaine public. Cette fonction lui est reconnue parfois comme exclusive (21). Comme la domanialité publique, la grande voirie au sens juridique, constitue un régime conscient et volontaire qui ne s'applique que là où il est expressément prévu. Il est vrai que ce régime se confond pour l'essentiel avec celui du domaine public, mais l'évolution historico-législative a fait que de plus en plus ces deux régimes se sont différenciés. Déjà Jansse constatait que « la législation de la grande voirie et les dispositions équivalentes n'ont pas une uniformité suffisante pour conférer un régime juridique commun aux choses auxquelles elle s'applique » (22) : ce qui revient, en d'autres termes, à reconnaître que le domaine public existe en dehors de la grande voirie et qu'il a un sens en dehors de cette protection spéciale qui ne lui est d'ailleurs que partielle : d'autant plus que, ces dernières années, le domaine public a tendance à s'étendre et un nombre croissant de biens se trouvent soumis à la domanialité publique, il s'agit de biens qui précisément ne sont pas soumis à la grande voirie : églises, cimetières, promenades publiques, tableaux des musées, documents d'archives...

Cette tendance va directement à l'encontre de celle qui, entre les deux guerres, avait cherché à confondre police (domaniale) et domaine public, c'est-à-dire domaine public et grande voirie (23). M. Jansse, qui a relevé cette tendance, indique qu'elle est avant tout jurispru-

(19) Récy, T. II, p. 107, Pelloux, Thèse citée, pp. 247-248 ; *contra* Proudhon III, p. 148, n° 797 ; Rigaud : « La théorie des droits réels administratifs », Thèse, Toulouse, 1914, p. 112 sq assimile pleinement domaine public et grande voirie, ce qui l'amène à affirmer que les canaux concédés à titre perpétuel « continuent à faire partie du domaine public... en ce qui concerne la police de la navigation et de leur conservation » ; cf. aussi Giudicelli, *op. cit.*, pp. 49-50 qui donne une liste des « exceptions à la règle selon laquelle, pour constituer une contravention de grande voirie le fait incriminé doit avoir porté atteinte à la conservation du domaine public ».

(20) Conseil de préfecture de la Seine, 20 juin 1902 (Grenier) cité par Marsalès, *op. cit.*, p. 374.

(21) Ce point sera développé, *infra* section 2.

(22) Jansse, p. 80.

(23) Notamment Alibert, note précitée au S. 1930.3.1.

dentielle : c'est donc ce qui avait permis au Conseil d'Etat d'étendre définitivement aux cours d'eau de l'Algérie (aux cours d'eau non navigables) la législation de la grande voirie. M. Jansse en concluait, en sens inverse, qu'il faut admettre « que toutes les fois que le législateur a constitué en infraction pénale toute atteinte, même involontaire, à un bien de l'Etat, d'un département ou d'une commune, ce bien doit, sauf disposition formelle contraire, être considéré comme une dépendance du domaine public » (24). La formule est assez prudente, mais appelle néanmoins quelques réserves, car ce serait une méthode assez dangereuse : en réalité, l'existence d'une protection pénale peut surtout — à notre avis — servir d'*élément* dans l'établissement de la domanialité d'un bien.

Il reste, cependant, à rendre compte de l'existence même d'une législation de la grande voirie. Nous le ferons plus loin lorsque nous essaierons de rattacher l'ensemble de la conservation à la notion de police de l'ordre public (25).

Les rapports entre grande voirie et domanialité publique sont, en effet, fort complexes. Ce sont avant tout deux notions indépendantes l'une de l'autre, d'autant plus que le régime de la grande voirie est antérieur à l'apparition de la domanialité publique : cependant, il y a une certaine liaison interne que nous établirons sur la base de la notion de voirie, c'est-à-dire de la circulation.

§ 2. — Propriété du domaine et police de la conservation.

C'est peut-être là l'élément le plus important, car pour de nombreux auteurs qui n'admettent finalement qu'à demi l'idée d'une police de la conservation, la base essentielle est toujours l'existence d'une protection pénale de la voirie : or le seul auteur, nous le savons, qui admette la police de la conservation avec tous ses effets — M. de Laubadère — est obligé de s'appuyer sur un fondement supplémentaire, celui du régime spécial de protection que constitue la propriété administrative du domaine. Néanmoins, M. de Laubadère laisse aux contraventions de voirie une place de première importance dans sa construction : il présente en effet la protection pénale du domaine public comme un ensemble qui comprend d'une part la police de la conservation, d'autre part les contraventions de voirie, le lien entre ces deux éléments semble constitué par l'existence du régime spécial pénal : « Les sanctions pénales qui protègent le domaine public (contraventions de voirie) s'attachent en particulier aux règlements de police que l'administration peut édicter en vue de cette protection ; ce pouvoir de réglementation (police de la conservation) constitue donc lui-même, du fait de sa sanction, une institution originale de la domanialité publique. » (26). De fait, cependant,

(24) Jansse, p. 109, n° 188.
(25) *Infra*, section III.
(26) de Laubadère, T. II, p. 164, n° 308.

après avoir montré ce qui distingue la police de la conservation de la police de l'ordre public, M. de Laubadère rappelle le caractère patrimonial de cette police de la conservation qui constitue pour lui « une manifestation tout à fait spéciale et typique du droit de propriété administrative » (27), cet argument semble finalement le plus important, il convient de l'étudier plus particulièrement : encore qu'il soit permis de se demander pourquoi, dans la mesure où la police de la conservation repose sur la propriété du domaine public, elle n'existerait pas sur l'ensemble du domaine public, mais seulement sur certaines parties de ce domaine public, que M. de Laubadère relève assez nettement, sans répondre cependant à l'objection (28).

La liaison police de la conservation-propriété du domaine est commode et utile, elle n'est pas seulement utilisée par M. de Laubadère ou J. Laferrière, on la trouve, par exemple, sous une forme atténuée chez L. Jansse qui souligne que la police de la conservation est exercée par les agents de la collectivité qui détient le domaine, bien qu'il y ait à ce principe quelques menues exceptions (29) ; personne cependant ne poussera le rapprochement police-propriété aussi loin que M. de Laubadère qui après avoir rapporté une double idée de base (« tout ce qui touche à la conservation doit être distingué de la circulation — toute la matière de la conservation est essentiellement l'affaire du propriétaire ») définissait (dans sa thèse) ainsi la police de la conservation : « La police de la conservation a pour but de défendre contre les effets de (cet) l'usage un bien qui est propriété de l'administration. »

En fait, il s'agit, à ce stade de notre étude, de rattacher cette attitude à l'ensemble de notre conception de la domanialité qui est une conception « légaliste ».

A. — L'incompatibilité de l'idée de police et de l'idée de propriété.

C'est tout d'abord sur ce plan plus général qu'il faut se placer. De très nombreux auteurs ont souligné que l'idée de propriété excluait l'idée de police; cela fait qu'une fois de plus, nous allons trouver un problème d'appellation doublé d'un problème de fond.

C'est d'ailleurs beaucoup plus de la notion de police que de la notion de propriété que provient l'impossibilité : si la propriété a comme qualité fondamentale de pouvoir s'adapter sans limitation d'aucune sorte, au contraire, la police — même si elle est définie comme adaptable — connaît des limites précises qui sont définies par

(27) *Ibid.* p. 165, n° 312 : pour le surplus de cette argumentation, M. de Laubadère renvoie aux passages de sa thèse que nous avions examinés ainsi qu'aux passages « propriétaristes » de la thèse de J. Laferrière.

(28) L'origine de l'institution de cette police serait donc bien le régime de la grande voirie, mais cela n'explique pas la brusque réintroduction de la propriété du domaine, sinon pour étendre ce régime proprement dit, introduit par la loi.

(29) Jansse, p. 173.

l'ordre public : en d'autres termes (il s'agit d'ailleurs là de choses très connues), la défense de la propriété en tant que telle ne peut pas faire l'objet de mesures de police, seul l'usage de la propriété peut faire l'objet de telles mesures : *mutatis mutandis*, il en va de même en droit privé, où l'on commence à concevoir une sorte de police du propriétaire qui ne concerne cependant que l'usage de cette propriété, non sa défense ; la protection de la propriété y est suffisamment assurée par les moyens les plus classiques du droit. Il en va de même pour les biens qui constituent le domaine public, même ceux qui ne sont protégés pénalement sont cependant protégés à l'instar de tout bien par les moyens du droit privé : la protection pénale est donc surajoutée pour compléter cette protection civile, car en général, le dommage va de pair avec une infraction de police : d'où l'unification des compétences que réalise, par exemple, le décret du 28 décembre 1926, entre « la police de la circulation et de la conservation ».

Sur le plan du vocabulaire, on va retrouver ces ambiguïtés, car les auteurs qui rejettent l'idée de police de la conservation croient pouvoir soutenir que l'on peut à tout le moins parler de police patrimoniale (30) ; M. de Laubadère lui-même n'a pas été insensible à la qualification « d'appellation fâcheuse » qu'adresse Bonnard à l'expression police de la conservation et précise à ce propos qu'il faut « *en tout cas* » reconnaître que les deux polices (conservation et ordre public) n'ont pas la même nature, car la première (conservation) est liée à la présence du domaine public, alors que la seconde — celle de l'ordre public — n'a rien de spécial au domaine public et *répugne à tout caractère patrimonial* (31).

Police et propriété sont donc des notions incompatibles. L'expression de « police patrimoniale » n'est qu'un porte-à-faux qui permet en réalité de déguiser cette incompatibilité. Police et protection de la patrimonialité sont deux notions antithétiques, sauf précisément dans la mesure où la protection de cette patrimonialité — quelle qu'elle soit — se confond avec l'un des buts de la police, tranquillité-sécurité-salubrité publiques, ou de manière plus générale : « ordre public », mais il faudrait alors bien marquer que la protection pénale de la patrimonialité (qu'elle soit publique ou privée) n'intervient qu'en tant qu'elle est susceptible de protéger l'ordre public, cette notion fondamentale lui servant non seulement de critère et de fondement mais aussi de limite, et nous retomberions dans les points de vue classiques sur la police de la conservation du domaine public (Teitgen, par exemple, et même Maroger, dans la mesure où, chez ce dernier, la police de l'affectation, ainsi que nous avons essayé de le montrer. n'est qu'une émanation d'une notion qui combinerait ordre public, circulation et protection patrimoniale).

(30) Notamment MARTRES, *op. cit.* ; Watrin, art. cit.

(31) de LAUBADÈRE, T. II, p. 166 ; dans le même sens : Thèse, p. 194 : « la police répugne à la gestion ».

Par ailleurs, on peut se référer aux très nombreuses études qui ont été faites sur la notion de détournement de pouvoir et qui montrent bien l'incompatibilité de la notion de police et de propriété ou de patrimonialité, notamment dans la mesure où la protection de la patrimonialité — publique ou privée — se confond avec le détournement dans l'intérêt financier. En d'autres termes, et nous ne faisons que répéter la jurisprudence la plus classique en cette matière, le pouvoir de police ne peut être utilisé aux fins de protection des intérêts financiers de l'administration, que dans la mesure où il y a simultanément protection d'un intérêt public réel *autre* (32). Certes, nous le savons, il n'y a plus d'intérêt privé de l'administration, et par conséquent toute mesure de protection de la patrimonialité vise autant à protéger certains intérêts publics, mais il y a à cette assimilation des *limites* que le pouvoir de police ne saurait franchir.

B. — Applications au problème de la protection du domaine public (essentiellement à travers Wolzendorff).

Wolzendorff a bien marqué cette incompatibilité (33). Wolzendorff a une vision très synthétique du problème de la police de la conservation. C'est, en effet, à l'occasion du problème des buts (Zwecke) de la police qu'il s'interroge sur la conservation. Il constate, en effet, une certaine évolution de la notion d'ordre public qui était partie de la protection d'un « ordre bourgeois minimum ». Le problème, dès lors, est de voir comment la police peut servir à l'exercice de certaines compétences fiscales. En particulier, après avoir analysé la notion de détournement de pouvoir, Wolzendorff se demande comment il se fait que la police puisse émettre une certaine réglementation ayant pour but la conservation de la route. Ce n'est pas d'ailleurs que Wolzendorff admette que la police puisse exercer en toute liberté et légalité une telle activité : il énonce de suite — implicitement — que de toute manière cette activité ne peut s'exercer qu'en vue de protéger les collectivités contre des dépenses d'entretien « extraordinaires ». Mais si puissant est au début du siècle le mythe de la pureté de la police que même en vue de la protection contre les dépenses extraordinaires, elle ne saurait être utilisée (34).

(32) Voy. par exemple les études de Beurdeley : « Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration », Thèse, Paris, 1928 ; Coutelan : « Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier de l'administration », Thèse, Paris, 1947 ; Raynaud (Jean) : « Le détournement de procédure », Thèse, Paris, 1950.

(33) Art. cit. Archiv für öffentl. Recht 1909, notamment pp. 372-373.

(34) Position exactement inverse — sur ce point — dans la note précitée de Monsarrat, D.P. 28-3-46.

a) Domaine public, police et propriété.

Wolzendorff connaît parfaitement les études françaises les plus récentes : il cite notamment Hauriou, Berthélémy et Récy. Il montre très finement que sur le domaine public, les collectivités publiques ne disposent, somme toute, que du droit de « garantir à la Nation l'exercice des facultés qu'elle possède par rapport au domaine public » (35).

Pour Wolzendorff, que l'on qualifie le pouvoir de l'administration de propriété publique ou privée, ou même de simple droit de garde ne change rien au fond du problème, puisque c'est le droit de la nation qui fixe la limite du pouvoir opposable. Wolzendorff fait appel à une notion fonctionnelle de ce droit qui ôte toute importance à la qualification du droit de détention.

Mais, ensuite, Wolzendorff établit que le pouvoir de l'administration de protéger l'affectation au public, précède en quelque sorte les pouvoirs de police eux-mêmes : en d'autres termes, l'usage public fait lui-même partie de l'ordre public — et cela sans différence aucune avec le droit prussien qui connaît, lui, la propriété privée des mêmes catégories de biens.

b) La conservation peut-elle rentrer dans la police générale ?

Preuve de sa parfaite analyse, Wolzendorff commence par bien indiquer la distinction qu'il faut établir entre conservation et entretien : il ne s'agit pas ici, indique-t-il, de l'entretien technique, mais bien de la protection de la voie, par le jeu de mesures de police, limitatives de son usage par les particuliers (36).

L'analyse du droit français à laquelle se livre Wolzendorff l'amène à conclure qu'il n'est pas possible de faire rentrer la conservation dans la police générale. D'une part, il s'agirait, du moins pour ce qui concerne l'usage commun, d'une mesure prise dans l'intérêt financier, ce que le droit français prohibe de la manière la plus formelle.

D'autre part, Wolzendorff ne peut concevoir que l'énumération, même si elle n'est pas limitative, de l'article 97 ait pu sous-entendre simplement la conservation alors qu'elle entre dans bien des détails, tels que le nettoiement ou l'éclairage public.

Selon Wolzendorff, le droit français n'inclut pas la conservation dans la police générale. Il en résulte que *jamais* l'administration ne pourra intervenir pour protéger la voie, sans texte formel : cela ressort notamment de la loi du 31 mai 1851 sur la police du roulage qui établit la liberté totale en cette matière, sauf quelques restrictions. Wolzendorff insiste sur la distinction qui existe dans le contentieux entre la compétence judiciaire pour les contraventions à la

(35) A y voir de près ne s'agit-il pas là de cette police de l'affectation que présentera près de trente ans plus tard Maroger ? Il faut, d'autre part, bien entendu, faire abstraction ici des pouvoirs de gestion tels qu'ils apparaîtront plus tard.

(36) Une complication supplémentaire vient du fait que la langue allemande ne connaît qu'un seul mot pour conservation et entretien (Erhalten).

police de la circulation et administrative pour les atteintes à l'intégrité de la voie : distinction qui, en 1909, est totale sauf en matière de petite voirie, où elle n'existe pas. On sait que cette distinction a été supprimée en 1926 pour la voirie routière et que pour les autres voies elle n'existe pratiquement pas. Wolzendorff reconnaît d'ailleurs les limites de cette distinction.

Pourtant, on trouve ensuite un passage curieux : en effet, après avoir établi qu'il n'était pas possible de rattacher la conservation à la police, Wolzendorff écrit que ce n'est pourtant pas là l'opinion de la doctrine française qui s'est pliée aux nécessités matérielles qui veulent que l'usage commun soit réglementé en vue de la conservation, par voie de police. On peut donc écrire que, en droit français, le pouvoir de police se déduit de la nature des routes, selon un raisonnement que O. Mayer résume ainsi : l'usage commun rentre dans l'ordre public, dans la mesure où cet ordre public ne peut être maintenu que par la protection spéciale par voie de police de l'intégrité matérielle, cette compétence revient à la police (37). Nous dirions plus simplement qu'il s'agit de viabilité.

Enfin, Wolzendorff rappelle que le droit français et le droit prussien étant sur ce point identiques, alors que *seul celui-ci reconnaît le droit de propriété*, celle-ci ne peut fonder cette compétence particulière. La route n'est protégée qu'en vue de l'ordre public.

Certes, l'on peut ne pas être en plein accord avec les conclusions de Wolzendorff qui ne sont pas toujours très claires (malgré les apparences), mais on peut pour schématiser, dire qu'il se fait de la police dans le sens de la conservation approximativement la même conception que M. Teitgen : pas plus l'un que l'autre ne mettent en jeu la notion de propriété du domaine public et c'est cela qui importait ici.

Il n'est pas question de nier cependant le caractère patrimonial de la conservation, considérée comme activité, mais non comme police (38) : l'administration cherche à protéger le domaine public dans son intégrité, comme elle cherchera à conserver les moyens financiers de réparer et d'entretenir ce domaine public, mais elle n'a pas de moyens de police à sa disposition en vue de cette fin.

Il faut aussi mettre de côté, ici, le cas des rues privées ouvertes à la circulation publique qui posent un problème particulier, qui pourrait laisser croire que c'est bien la propriété qui détermine la police de la conservation : ce cas un peu curieux sera examiné plus loin (39).

(37) Wolzendorff p. 371, renvoie à O. Mayer, Théorie du droit administratif français (en allemand) p. 234 et à son ouvrage (en français) « Le droit administratif allemand » (1905), III, p. 149 sq ainsi que pour la « doctrine » française à Perrinjaquet, *op. cit.*, p. 42 (qu'il semble avoir mal interprété) et à Lépine Grande Encyclopédie (?) p. 24 sq.

(38) En ce sens, cf. par exemple, Coutelan, *op. cit.*, p. 121 sq ; de Laubadère, Thèse ; Watrin, art. cit. ; Martres, *op. cit.*

(39) Sur ce problème voy. Schneckenburger (Maurice) : « Le régime juridique des voies privées », Thèse, Paris, 1937, p. 119 sq et *passim*.

Section II

DECOMPOSITION DE LA POLICE DE LA CONSERVATION ET ANALYSE CRITIQUE

Nous venons de voir un certain nombre d'éléments de la police de la conservation. Il convient maintenant de replacer ces éléments dans l'ensemble de la théorie de la police de la conservation pour montrer que celle-ci ne peut pas constituer une théorie autonome : en fait, c'est presque exclusivement à travers la présentation qu'en donne M. de Laubadère que nous mènerons cette critique, car nous savons que pratiquement il est le *seul* auteur qui admette pleinement la police de la conservation (40).

C'est dans le paragraphe second que nous essaierons de montrer l'unité du pouvoir de police sur le domaine public, en montrant que toute la police peut se rattacher à la police générale de l'ordre public, qui par ailleurs est suffisante.

§ 1. — Analyse critique de la police de la conservation (chez M. de Laubadère) (41).

a) La protection pénale du domaine public.

C'est le point de départ de toute la théorie. On remarquera d'ailleurs qu'elle ne fait que s'intégrer dans un paragraphe plus général consacré à la protection du domaine public et constitue donc, avec l'obligation d'entretien, l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité et la protection contre les occupants sans titre, *un* des éléments de cette protection.

La protection pénale est décomposée en deux éléments : la police de la conservation d'une part, les contraventions de voirie d'autre part.

L'affirmation de base est donc, en ce qui concerne la police de la conservation, que l'administration dispose du pouvoir d'édicter des règles en vue de la protection de la conservation de la voie et que ces règles sont sanctionnées pénalement, en particulier par les contra-

(40) Si l'on excepte des auteurs tels que M. Duprat précité, ou M. Paul Bernard, précité, qui sur ce point, et en passant, ne font que reprendre l'analyse de M. de Laubadère : phénomène d'ailleurs intéressant, car, recherchant des passages concernant cette police de la conservation, pour les intégrer à leur étude où elle ne tient qu'une place annexe, ils sont obligés de reprendre l'analyse de M. de Laubadère car il n'y en a pas d'autre. Dans les traités et manuels récents, par exemple, la seule analyse de la police de la conservation est celle de M. de Laubadère.

(41) Essentiellement dans la formulation du Traité qui est la plus récente, la plus synthétique mais aussi la plus catégorique.

ventions de grande voirie. En effet, précise M. de Laubadère, « toute l'originalité de l'institution consiste dans le fait de pouvoir utiliser de pareils moyens en vue de pareils buts. De ces deux traits, le premier (moyens employés) rapproche, mais le second (but poursuivi) différencie les deux types de pouvoir de police dont le domaine public est le siège ».

Cette affirmation, si elle a le mérite d'être parfaitement claire et explicite, n'en est pas moins curieuse, car c'est précisément tout le problème de la police de la conservation, que de savoir si l'administration a ce pouvoir d'édicter des règles en vue de la protection de l'intégrité matérielle du domaine public. Là où l'on attendait une démonstration, on ne trouve qu'une affirmation. Bien entendu, il s'agit du Traité et non de la thèse, par conséquent, il ne s'agit pas de se lancer dans de trop vastes discussions théoriques, mais peut-être est-il permis de le regretter, car c'est précisément là que réside le fond du débat. Il est vrai que quelques dizaines de lignes plus loin, M. de Laubadère indique que le fondement essentiel est la propriété. Dans sa thèse, M. de Laubadère montrait que l'on pouvait à tout le moins déduire la police de la conservation de l'existence de compétences différentes dans certains cas particuliers tel que celui des permissions de voirie sur les traverses de routes nationales ou départementales dans les agglomérations : mais nous avons vu que, de toute manière, il s'agit là d'une distinction assez ancienne (elle remonte au moins à l'avis du Conseil d'Etat du 30 novembre 1882) qui n'a rien à voir avec la théorie de la propriété du domaine et s'explique plus simplement par des considérations financières.

Pour Léchalas : « La violation d'un arrêté préfectoral quelconque ne saurait constituer une contravention de grande voirie que s'il reproduit une disposition ayant force de loi et en même temps le caractère de règlement de grande voirie, auquel cas il n'a pas de valeur propre, ou s'il prescrit une mesure destinée à l'exécution d'une telle disposition. » (42). Léchalas en donne d'ailleurs comme exemple l'arrêté préfectoral qui interdit le passage des chevaux sur les digues d'un canal et dont on considérera qu'il a été pris pour assurer l'exécution de l'arrêt du Conseil du 24 juin 1777 (43). Ce sont ces mesures, nous l'avons vu, que Moreau appelait « règlements pour la police du domaine public » (44) : pour chaque arrêté de ce genre, le tribunal va être amené à rechercher la disposition exacte reproduite.

Il paraît difficile, on le voit, de parler de police de la conservation, tant au point de vue du vocabulaire qu'au fond. Y a-t-il, dès lors,

(42) Léchalas : « Manuel de droit administratif », *op. cit.*, T II, pp. 3-4.

(43) Conseil d'Etat : Noë, 11-12-1885, en réalité d'ailleurs, le raisonnement est plus complexe car il consiste à rechercher dans quel but la mesure a été prise, pour déterminer la compétence, mais cela uniquement parce qu'il s'agit d'un texte antérieur à 1789 et que le texte vise la protection de la navigation !

(44) Moreau, *op. cit.*, p. 598.

une protection pénale du domaine public, c'est ce qu'il faut voir maintenant à travers le seul élément qui nous restera : la protection de l'intégrité matérielle réalisée par les contraventions de grande voirie.

b) Distinction des polices par le but : la grande voirie.

Après avoir rapproché les deux polices par le moyen utilisé — dont nous venons de montrer qu'on pouvait contester le moyen de police dans le cas de la conservation — M. de Laubadère les distingue par le but poursuivi. La police de la conservation protège l'intégrité matérielle du domaine public.

Mais la police de la conservation, souligne M. de Laubadère, n'existe que là où *certains* textes l'instaurent : sur la voirie terrestre et fluviale, ports, rivages de la mer et leurs dépendances immédiates. La liaison entre cette police et le régime de grande voirie est donc totale, M. de Laubadère prend bien soin de ne pas baser cette police sur l'article 97 qui concerne la police générale.

De toute manière, la police de la conservation ne peut être une police du domaine public puisqu'elle n'existe pas sur tout le domaine public (45) : on ne saurait donc dire qu'il s'agit d'une police liée à la domanialité publique ni qu'elle est une « manifestation typique du droit de propriété » puisque dans cette hypothèse elle devrait s'étendre à l'ensemble du domaine.

La police de la conservation est donc liée essentiellement à la voirie et plus précisément même à certaines des voies composant la « voirie » : il s'agit des plus importantes classées en « grande voirie ».

Le régime répressif spécial n'est vraiment original que pour la grande voirie (46) : cela n'est même plus exact.

En effet, en premier lieu, le régime répressif spécial n'existe plus que dans le cas de la voirie fluviale et d'autres matières assimilées, elle n'existe plus pour la voirie terrestre. Certes, on peut dire que la réforme de 1926 n'a pas fait disparaître totalement la notion de contravention de grande voirie terrestre : de nombreux auteurs ont insisté sur ce point (47), mais l'apport essentiel de ce décret de 1926 est bien d'avoir montré que face au développement de l'automobile

(45) Hauriou, 2e éd., p. 704, note 3, « les arrêtés pris pour la protection des autres dépendances du domaine public sont dépourvus de sanction pénale. C'est par les voies du droit civil que s'obtient la protection de ces dépendances du domaine public ou des dépendances du domaine privé ». Cf. aussi 7e éd., p. 48, note 1.

(46) De Laubadère, p. 167, n° 315.

(47) Cf. Berthélemy, 13e éd., p. 516, « ce n'est pas à dire que toute distinction soit effacée entre ces deux catégories de mesures » ; cf. aussi Jansse, *op. cit.*, pp. 76-77, Giudicelli, *op. cit.*, p. 17, n° 6 qui pense que la qualification d'infraction de police ne doit pas faire illusion... et qu'il y a bien une notion générique de contravention de grande voirie qui les recouvre toutes.

qui avait précisément complètement renouvelé le problème de la conservation — il n'était plus possible de séparer conservation et circulation. L'unification de compétence n'a été réalisée que parce qu'il n'était plus possible de procéder différemment : la liaison entre la conservation et la réglementation de la circulation par le biais du roulage et de la notion de viabilité est devenue telle que l'unification des compétences s'imposait. Quelle utilité y aurait-il à considérer qu'il s'agit de contraventions différentes ?

Mais, en second lieu, et ceci paraît plus important encore, en réalité, nous pensons pouvoir établir que tout le régime de la grande voirie n'est en réalité conçu, très directement, que pour la protection de la circulation, jamais pour la protection patrimoniale proprement dite.

D'abord, il faut encore rappeler que la grande voirie, régime spécial de protection de l'intégrité matérielle n'existe — dans les cas les plus probants — que là où il y a aussi circulation. Ce serait, en d'autres termes, ici, une véritable protection de l'affectation. Cela n'est cependant pas suffisant.

Finalement, les cas les plus probants sont, à l'heure actuelle, la voirie fluviale d'une part, les ports maritimes et les rivages de la mer d'autre part : or, dans ces cas qui sont les derniers à présenter une originalité réelle, ce n'est pas tant la protection de l'intégrité matérielle qui est en cause que la liberté et la sûreté de la navigation.

L'ordonnance de la marine de 1681 ne règle la protection des ports qu'en fonction de la navigation (48). De même, pour les travaux à la mer : les travaux non autorisés ne sont poursuivis qu'autant qu'ils ne portent pas atteinte à la navigation. Le Conseil d'État assimile d'ailleurs à des contraventions de grande voirie toutes les infractions aux règlements pris pour l'application de ces anciens textes qui sont en général fort complets (49).

Il en va de même en matière fluviale, c'est l'arrêt du Conseil du 24 juin 1777 qui est retenu (50). Cet arrêt est très complet et englobe des dispositions très diverses qui, très souvent, n'ont rien de commun avec la conservation proprement dite (51) : en d'autres termes, on peut dire que la notion de conservation dans le sens de la protection matérielle de l'intégrité du domaine, s'est détachée de la grande voi-

(48) Cf. J.-J. Chevallier, *op. cit.*, p. 88 sq et Lancelin (Jean) : « La police de la navigation dans les ports maritimes de commerce », Thèse, Paris, 1954, p. 84... La sanction, en matière de circulation dans les ports, est toujours la contravention de grande voirie.

(49) Cf. C.E. 13 juillet 1858, Rec. p. 511, Richard.

(50) Cf. 24 mars 1943, « Compagnie des sablières de la Seine », p. 74. Le seul grief retenu est l'obstacle à la navigation : il y a contravention à l'arrêt du Conseil du 24 juin 1777.

(51) 2 mai 1959, A.J. 60.II.189, Leroy. N'a-t-il pas été jugé que le fait de laver son linge dans le Canal du Midi, constituait une contravention de grande voirie (C.E. Dame Bourillon, 4 juillet 1884, Rec. 576) et cela alors que ce canal ne faisait pas encore partie du domaine public mais était seulement soumis à la grande voirie, le rachat n'étant intervenu que plus tard.

rie, comme la grande voirie s'était elle-même détachée de la domanialité publique. Ainsi, l'acte accompli sur la partie non domaniale d'un cours d'eau qui devient domanial en aval, sera considéré comme contravention de grande voirie, dans la mesure où il est susceptible de nuire à la navigabilité — qui est ici l'équivalent de la viabilité pour la voirie routière — de la partie domaniale (52) la loi du 8 avril 1898 a d'ailleurs fait de cette disposition une mesure législative.

Il reste qu'il y a contravention de grande voirie dans deux cas :

— si l'infraction viole une disposition prise en application d'un texte antérieur à 1789;

— si une atteinte à l'intégrité matérielle de la voie fluviale considérée est réalisée (53).

Si l'on rajoute à ces considérations la réforme de 1926 qui unifie le contentieux en matière de contraventions à la police de la circulation et de la « conservation » sur la voirie terrestre, on se rendra compte que finalement, où que ce soit, ce ne sont pas les atteintes à l'intégrité matérielle du domaine public que l'on réprime ou que l'on considère comme infraction pénale, mais c'est *toujours* l'atteinte possible à la circulation ou la navigation, c'est-à-dire à la police générale de l'ordre public. Cela est encore plus évident si l'on tient compte de deux considérations supplémentaires :

— le régime de la grande voirie n'existe que là où il y a précisément circulation et non pas sur les autres dépendances du domaine public;

— la dégradation est réprimée aussi bien que le fait pouvant entraîner une éventuelle dégradation.

Ce n'est donc pas le domaine public qui est protégé, mais la voie de communication, c'est la viabilité, non la domanialité qui est visée (54).

Enfin, il faut mettre à part le problème de la réparation du dommage causé qui ne s'identifie pas totalement avec la contravention de grande voirie, car il peut y avoir de telles contraventions sans véritable dégradation de la voie : ce sont là les aspects fiscaux et domaniaux qui interviennent.

M. J.-J. Chevallier qui étudie de près le régime des contraventions de voirie et les compétences juridictionnelles — dont l'ouvrage paraît un an à peine avant la réforme du décret-loi de 1926 — écrit, en conclusion, qu'en ce qui concerne la voirie terrestre, il faut son-

(52) Cf. Ducrocq, T. IV, pp. 177-178 et la jurisprudence citée.

(53) Cf. J.-J. Chevallier, *op. cit.*, pp. 80-81. Mais, même dans ce cas, on remarquera que la conservation de la voie navigable est prévue dans l'arrêt du Conseil du 24 juin 1777 dans le but final de protéger la navigation : il n'y a aucun but domanial, d'autant moins que la conception du domaine est alors bien différente de ce qu'elle est maintenant.

(54) Cf. Marsalès, *op. cit.*, p. 375.

ger à remplacer le système par un autre « plus simple et plus juridique », c'est qu'en effet, le système était devenu si compliqué que les distinctions entre atteintes à l'intégrité matérielle du domaine et les contraventions à la police de la circulation, perdaient de leur netteté à travers la notion envahissante de viabilité, qui présentait l'avantage de permettre une police réglementaire réelle, alors que le régime de répression des contraventions de grande voirie, sur la voirie terrestre, ne permettait que la répression-condamnation par voie administrative.

Ainsi, à quelque étape que l'on se place de la théorie de la police de la conservation du domaine public, on voit qu'aucun des arguments invoqués pour l'établir n'a de fondement réel : la limitation à la voirie en réduit singulièrement la portée, et de toute manière brise le mythe de la domanialité de cette police, comme d'autre part elle écarte les derniers arguments qui auraient pu subsister en faveur de son rattachement à la propriété du domaine public. A l'inverse, cette liaison à la voirie permet de mieux se rendre compte du rapprochement qu'il est possible d'effectuer avec la police générale de l'ordre public sous sa version domaniale : la police du lieu public (voirie), l'adaptation de cette police en faisant essentiellement une police de la circulation. Le mouvement de la législation et de la jurisprudence semble d'ailleurs conçu vers une unification progressive du contentieux et de l'exercice de la police.

§ 2. — De la conservation du domaine et de la police générale de l'ordre public sur le domaine public.

L'idée centrale est, en effet, que la prétendue police de la conservation du domaine public, ainsi que ses composantes, n'est en réalité qu'un aspect particulier de la police générale de l'ordre public en tant qu'elle est exercée sur le domaine public. Le phénomène fondamental à prendre en considération est, ici, la possibilité d'adaptation de la police, possibilité qui, dans le cadre très général de l'ordre public, est pratiquement infinie.

a) L'adaptabilité du pouvoir de police et la conservation.

L'adaptabilité est conçue non pas comme simple phénomène explicatif — ce qu'est par exemple le principe de l'affectation dans la théorie domaniale — mais comme principe juridique : c'est toujours elle, en effet, qui permet de déterminer la valeur juridique de l'intervention de police et de fixer ses limites.

Or on ne peut que souligner l'extension que prend la notion d'ordre public sur les voies publiques, terrestres ou fluviales. Ces voies servent en quelque sorte au public de manière très directe et, par conséquent, le maintien de l'ordre public y est de première importance, d'autant plus que la simple possibilité qu'a le public de pouvoir

utiliser ces voies est intégrée à l'ordre public : la circulation est une composante fondamentale de l'ordre public. On peut certes dire avec Maroger qu'il s'agit ici de faire respecter l'affectation, ou avec Jèze qu'il s'agit de préserver le service public des communications, il s'agit là d'explications rationnelles fort séduisantes, non de principes juridiques : le seul principe juridique admissible serait l'ordre public, ou éventuellement l'intérêt général (55).

Mais, dans cette hypothèse, quels sont les rapports avec la domanialité publique ? La question mérite d'être posée. En effet, si le régime de la voirie se séparait totalement de celui de la domanialité, il faudrait revoir complètement le principe même de la domanialité publique (56), or il est facile d'établir que la domanialité continue de jouer un rôle de premier plan en envisageant tout particulièrement le cas des voies privées ouvertes à la circulation, problème que nous avons déjà rencontré : ce cas nous permettra de montrer quelles sont les limites financières de cette adaptabilité, spécialement du côté de l'activité de conservation.

b) Les voies privées ouvertes à la circulation.

On sait que le régime des voies privées diffère, selon qu'elles sont ou non ouvertes à la circulation du public. Dans le cas particulier de leur ouverture à la circulation, le maire détient à leur égard tous les pouvoirs de police relatifs directement à la circulation et à l'ordre public, par contre il ne dispose pas des pouvoirs de police de la « conservation » : ni la législation de l'alignement, ni celle de la grande voirie ne sont ici applicables. L'explication la plus simple paraît évidemment être celle de la propriété. Il paraît plus normal de voir cette explication dans la domanialité et dans la notion d'ordre public (57).

Il faut remarquer d'abord que le propriétaire de la voie privée considérée n'est pas tenu d'ouvrir la voie à la circulation; dans la mesure où il le fait, il sera soumis à la police de la circulation, car là où le public a accès, il y a toujours virtuellement un ordre public à faire respecter : l'intervention au nom de la police générale de l'ordre public est donc tout à fait normale.

Mais si le particulier propriétaire de la voie considérée peut à tout moment clore la voie, l'administration, elle, ne le peut pas, car elle est liée par le classement de la voie. Mais, plus encore, elle est

(55) Sur les rapports entre l'ordre public et l'intérêt général — spécialement en ce qui concerne la police et le domaine public, cf. *infra*, 3e partie.

(56) C'est d'ailleurs très précisément le point de vue de M. Capitant dans sa célèbre note sous l'affaire « Commune de Barran », C.E. 17 février 1932, D.P. 1933.3.49.

(57) Bien entendu pour certains auteurs l'explication par la propriété et par la domanialité ne font qu'une seule et même chose. On voit bien là la profonde ambiguïté de la notion de propriété du domaine public.

tenue à l'entretien de la voie (58) et au maintien de celle-ci en état. Elle engage sa responsabilité du fait d'accidents qui seraient survenus par suite du mauvais état de cette voie. Il n'est pas inutile de rappeler ici la distinction déjà relevée — chez Wolzendorff notamment — entre l'entretien et la conservation : la limite est fixée par la notion d'usage anormal et d'état anormal. Cette idée est déjà en germe dans la loi de 1836 sur les dommages anormaux (59) pouvant entraîner le paiement de « subventions exceptionnelles » sur les chemins vicinaux, système étendu à l'ensemble de la voirie urbaine par l'ordonnance du 7 janvier 1959.

Le principe fondamental est donc que l'administration est responsable des accidents survenus aux usagers du fait du mauvais entretien de la voie (60).

Or si le maire est tenu de veiller à ce que la voie privée ouverte soit maintenue en état normal de sécurité, si, d'autre part, la commune n'est pas tenue d'entretenir la voie privée (elle ne pourrait qu'ordonner sa clôture par arrêté de police si la sécurité publique est engagée), par contre, dans la mesure où l'administration participe effectivement à l'entretien de cette voie privée, sa responsabilité peut être engagée en cas d'accident dû au défaut d'entretien de cette voie (61). Cela montre bien, à notre sens, que ce n'est pas la propriété qui fait la distinction, mais le strict point de vue financier, comme ce point de vue expliquait déjà le cas des traverses de routes nationales et la distinction qui y est faite entre permissions de stationnement et permissions de voirie. Point n'est donc nécessaire de recourir à la propriété du domaine public ou à la police de la conservation.

C'est, une fois de plus, la notion d'ordre public — ici sécurité publique — (jointe à des considérations purement financières qui jouent toujours un rôle qu'il n'est pas question de nier) qui permet d'expliquer la compétence de police (62).

(58) Cf. la note de M. Monsarrat au D.P. 1933.3.77 sous Cons. de Préfect. de Nantes, 19 mars 1931, Guillot ; voir aussi de Laubadère, Traité, T. II, p. 159 ; Waline, Thèse, pp. 124-134 ; Maroger, p. 216 sq.

(59) M. de Laubadère combat l'idée d'anormalité, celle-ci semble cependant assez régulièrement reprise par la jurisprudence, cf. par exemple, « Boisforêts », précité et « Vila et Ribouleau », précité : un recul de la notion d'entretien anormal est relevé par M. Vaucouloux dans sa note sous T. adm. de Dijon, 4 décembre 1963, « sieur Ramier » et 10 juin 1964, « sieur Bonnin », A.J. 1964.510, mais M. Vaucouloux reconnaît lui-même que ses remarques visent bien plus le cas particulier des chutes d'arbres en bordure de la voie que le défaut d'entretien de la voie lui-même.

(60) Cf. Jansse, p. 211 sq ; Rousseau : « Le régime juridique de la circulation », R.D.P. 1932, p. 426 ; également 27 juin 1930, « Vve Le Pape », D.P. 1930. 3.49, note Appleton ; 1er février 1933, Rec. p. 144.

(61) Cf. Ville de Marseille c/ Poro, 16 novembre 1957, A.J. 1957.II.458, R. adm. 1958.396, note Liet-Veaux.

(62) On relèvera encore que le propriétaire peut être tenu à un entretien minimum s'il veut laisser la voie ouverte à la circulation publique, cf. Schneckenburger, *op. cit.*, p. 119 sq.

c) Limites de l'intérêt de la conservation.

Ces limites sont doubles. D'une part, en effet, nous constatons que la conservation est totalement détachée de l'ordre public dans le cas de toutes les dépendances du domaine public qui ne sont pas de la voirie, c'est-à-dire de biens où la sécurité (et la commodité du passage) ne posent pas autant de problèmes, et c'est bien la notion d'ordre public qui a guidé le législateur.

D'autre part, là où l'atteinte à l'intégrité matérielle a été érigée en infraction pénale, c'est l'ordre public qui va fournir la mesure du pouvoir de police générale exercé dans l'intérêt de l'ordre public. Bien plus, sur certaines dépendances du domaine, il se trouve — le plus souvent par la force des choses — que la liaison entre conservation et sécurité et liberté de la circulation soit plus poussée qu'ailleurs : ainsi du domaine public fluvial; il est certain, en effet, que toute infraction à la police sur les voies navigables compromet beaucoup plus rapidement et plus directement la sécurité et la liberté du passage que sur la voirie terrestre, on comprend, dès lors, que le législateur ait accentué cette liaison et que la jurisprudence l'ait suivi. Les mesures préfectorales (63) concernant la voirie fluviale peuvent donc rechercher l'intégrité matérielle beaucoup plus que sur la voirie terrestre où les textes sont assez peu nombreux et restrictifs.

Si l'on prend comme base de cette possibilité d'édicter des mesures de police dans l'intérêt de la protection de l'intégrité matérielle la notion de viabilité, on comprendra, dès lors, comment va s'établir la mesure exacte de ce qui est permis à l'autorité titulaire du pouvoir de police sur la voie considérée.

Cette notion de viabilité peut être entendue de manière plus ou moins large selon les circonstances et selon la voirie considérée. Cela n'a pas échappé au législateur qui n'a jamais — pensons-nous — considéré le pouvoir de police autrement que comme unique. Dans les textes de 1926 et dans l'ordonnance de 1958, c'est l'apport de la doctrine qui explique la consécration de l'expression police de la conservation, dans des conditions d'autant plus curieuses, puisque c'est au moment même où l'on abandonnait la distinction contentieuse que l'on consacrait dans les textes la différence de vocabulaire.

La viabilité se définit comme étant le « bon état d'une route permettant d'y circuler » (64). Elle semble donc parfaitement apte à servir de joint entre circulation et protection de l'intégrité matérielle. En fait, si l'on examine attentivement la législation, particulièrement la loi du 29 floréal an X, on s'aperçoit que c'est toujours la viabilité que les rédacteurs ont en tête et non pas la protection de la voie conçue comme la défense d'une propriété par le propriétaire.

(63) Rappelons que c'est un décret du 24 mai 1914 qui confie aux préfets la police des cours d'eau navigables.

(64) Larousse Universel (en 2 volumes).

Le jour même où paraissait la loi du 29 floréal an X sur la répression des contraventions de grande voirie, est promulguée une autre loi ayant pour objet les maxima de poids admis (65), c'est cette loi que remplacera la loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage. Les contraventions aux prescriptions de la loi du 29 floréal an X sur les maxima de poids étaient « réglées par voie administrative », ce qui unifiait le système, de ce point de vue.

Dans son célèbre rapport sur la loi du 30 mai 1851, Th. Ducos déclarait : « ... le problème consiste (donc) à rencontrer la combinaison qui doit le mieux concilier les deux intérêts, c'est-à-dire satisfaire à toutes les exigences sérieuses de la circulation, sans affecter réellement la conservation des chemins ». Le système choisi a été la liberté, mais avec de légères restrictions : le plus curieux a été le système répressif choisi qui se partageait entre les Conseils de préfecture et les tribunaux de police. La loi peut, dès lors, apparaître comme une étape vers l'unité de compétence qui sera définitivement réalisée en 1926. Mais, même dans cette répartition curieuse, on peut reconnaître l'importance du facteur de la circulation et de la viabilité : si, en matière de chemins vicinaux de grande communication (catégorie qui n'existe plus), la contravention n'était contravention de grande voirie que si la dégradation causée l'était du fait d'une contravention à la police du roulage : sur la « petite voirie », la compétence a toujours été judiciaire. Tout se passe donc comme si on avait mis sur pied une sorte de gradation correspondant à l'importance de la circulation et des dégradations possibles, mais que du jour où la circulation se généralise par le jeu des automobiles, il n'y a plus de distinction possible.

Aussi bien donc en droit (ordre public) qu'en fait (importance et nature de la circulation) pour tout le régime de la voirie (terrestre ou autre), c'est la notion de police qui est déterminante.

d) La distinction du contentieux et des compétences.

Il reste à rendre compte du fait de l'existence pour une catégorie de la voirie d'un contentieux particulier ouvert devant les tribunaux administratifs, alors même, ainsi que nous pensons l'avoir établi, qu'il n'y aurait qu'une catégorie de police.

Les considérations sont essentiellement historiques, à un double point de vue :

— en premier lieu, c'est la survivance pure et simple de textes et d'habitudes d'Ancien Régime;

— mais, en second lieu, il faut se rappeler que la loi du 29 floréal an X est avant tout intervenue contre la loi précitée des 7-11 septembre 1790 qui disposait que « l'administration en matière de grande voirie appartiendra aux corps administratifs, et la police de conservation tant pour les grandes routes que pour les chemins vicinaux,

(65) Cf. Duvergier de Hauranne : « Recueil des lois », T. 13, p. 102.

aux juges de district ». Or cette loi avait été un échec complet : dans la remise en ordre qu'opère Bonaparte, la mise sur pied et la protection efficace de la voirie passent au premier plan. Aussi, l'exposé des motifs de cette loi est-il devenu un morceau d'anthologie juridique : sur l'état lamentable des routes et l'absence de protection totale, par incapacité que réalisent la loi de 1790 et les juges de district, le texte est en effet édifiant. Les Conseils de préfecture, tout fraîchement créés et en quête de quelque compétence certaine, paraissaient tout indiqués pour recueillir celle-là. Finalement, toute l'évolution de l'an X à 1926 montre la reconquête progressive de cette compétence par les tribunaux judiciaires. Il ne faut donc pas accorder, à notre sens, trop d'importance à cette répartition de compétence entre les tribunaux administratifs et judiciaires. Ceux-ci et ceux-là semblent d'ailleurs partager ce point de vue : ainsi, si le fait de circuler à cheval sur une digue constitue — à l'heure actuelle, comme au XIX^e^ siècle — incontestablement une contravention de grande voirie, en l'absence de dégâts, seule une amende est à payer : mais si le contrevenant a déjà été condamné sur la base de l'article 471-15 (R 26-15) du Code pénal, une condamnation n'est plus possible devant le Conseil de préfecture (66). Cela résulte du caractère pénal de la contravention — en dehors de l'action domaniale — que n'altère pas la compétence administrative. La dualité de compétence est donc beaucoup plus accidentelle que traductrice d'une réalité juridique.

Ainsi nous paraît établie ce que nous appellerons *l'unité* de la notion de police en tant qu'elle s'exerce sur le domaine public. Pour la protection de la voie publique et du domaine public en général, l'administration a à sa disposition une gamme assez complète (et complexe) de moyens juridiques, basés les uns sur l'exercice classique des pouvoirs de police dans l'intérêt de la viabilité (sécurité et commodité, entendues d'ailleurs dans un sens de plus en plus large), les autres sur les actions en réparation de diverses sortes. Point n'est besoin de faire appel à une notion particulière et mythique de police de la conservation, dont nous pensons avoir montré que son existence n'est aucunement justifiée et ne trouve aucun fondement juridique sérieux.

Le domaine public ne connaît qu'une police : la police générale de l'ordre public, laquelle s'adapte admirablement. Il connaît également un certain nombre de procédures particulières qui n'ont rien à voir avec la police.

(66) Brohas, 19 mars 1864, Rec. p. 291 ; cf. aussi 1867, p. 158, Angot, 17 février 1867 ; sur un aspect très particulier de cette question, cf. la note de M. Waline sous C.E. 13 juin 1964, « Guégan », R.D.P. 1965, p. 89.

TITRE II

POUVOIRS DE POLICE ET DE GESTION SUR LE DOMAINE PUBLIC

On assiste depuis quelques décennies aux progrès réguliers de l'idée de gestion du domaine public, au point que, en dernière analyse, la gestion du domaine public est devenue une activité concurrentielle de la police à l'image de la police de la « conservation » : au point d'ailleurs, que pour certains auteurs, cette police de la conservation et la gestion du domaine public ne sont finalement qu'une seule et même chose.

A l'heure actuelle, l'ensemble de la domanialité semble dominée par l'idée de gestion, certaines modalités nouvelles de cette gestion ôtent d'ailleurs toute raison d'être à la police administrative, puisque, désormais, l'administration agissant sur la base de ses pouvoirs de gestion peut imposer des conditions tirées de l'ordre public : mieux encore, la jurisprudence a reconnu à l'administration agissant sur la base des pouvoirs de gestion, des pouvoirs *accrus* en matière d'ordre public (1).

Il n'en a pas toujours été ainsi. Aussi est-il utile de suivre l'évolution progressive et les transformations de l'idée de gestion pour mieux comprendre cette généralisation de l'idée de gestion sur le domaine public.

Les deux chapitres de ce titre seront donc ainsi conçus :

CHAPITRE PREMIER : *L'idée de gestion et le domaine public.*

CHAPITRE II : *La généralisation de l'idée de gestion sur le domaine public.*

(1) C'est l'apport de l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques », C.E. 20 décembre 1957, S. 1958.73, concl. Guldner qui sera détaillé *infra*. Cf. aussi la note de M. Cathelineau sous « Froment », Tribunal administratif de Bordeaux, 17 octobre 1962, D. 1963.575.

CHAPITRE PREMIER

L'idée de gestion et le domaine public.

Ce n'est que progressivement que la gestion a pénétré sur le domaine public en tant qu'activité concurrentielle de la police. Il a fallu d'abord une extension de l'activité administrative de gestion d'une part, de la théorie de la gestion administrative d'autre part.

Ce chapitre sera divisé en deux sections :

Section I : *L'activité administrative de gestion.*

Section II : *L'extension de l'idée de gestion au domaine public.*

Section II

L'ACTIVITE ADMINISTRATIVE DE GESTION

§ 1. — La distinction des actes d'autorité et de gestion.

Nous n'étudierons pas de façon exhaustive cette distinction qui semble avoir dominé la fin du XIX^e^ siècle. On peut d'ailleurs se demander si cette distinction a effectivement joué le rôle qu'on lui prête, en jurisprudence notamment, si l'on songe que l'arrêt Blanco semble l'écarter, qu'avant cette période elle n'est guère en vogue et qu'elle disparaîtra progressivement jusqu'au début du XX^e^ siècle où elle est définitivement abandonnée. Dès 1878, Aucoc reconnaît d'ailleurs que cette distinction des actes d'autorité et de gestion n'a jamais complètement prévalu et il analyse ainsi le principe de la répartition du contentieux : « On admet que la juridiction administrative est compétente de plein droit pour reconnaître les

droits et les obligations qui dérivent soit pour l'administration soit pour les particuliers, des lois et règlements qui ont organisé les services publics, et pour statuer sur les litiges qui soulèvent les actes faits par l'administration en exécution des lois et règlements. Que s'il s'agit au contraire des droits ou obligations qui dérivent d'un contrat proprement dit, passé par l'administration, c'est l'autorité judiciaire qui sera compétente — sauf si une loi en a décidé autrement. » (1).

Il en irait donc de ce critère comme il en va — selon certains historiens et économistes — de l'époque libérale : il s'agirait au fond de principes reconnus plus tard, mais n'ayant jamais eu, à l'époque considérée, l'importance qu'on leur prête.

Or, pour notre étude, cela est important, car un certain nombre de thèmes de cette époque et de cette théorie va se retrouver plus tard dans la théorie de la gestion du domaine public. C'est pourquoi, nous examinerons très rapidement un certain nombre d'analyses qui ont été faites sur cette distinction.

a) L'analyse de E. Laferrière.

On sait le rôle de Laferrière dans l'élaboration du critère tiré de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Analysant les origines mêmes de la distinction, Laferrière signale un arrêté du Directoire qui pour donner un commentaire officiel des lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III (actes d'administration), affirme que « toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du gouvernement, par ses agents immédiats, sous sa surveillance et avec les fonds fournis par le Trésor Public » sont des actes administratifs (2), mais, précise Laferrière, cette « doctrine absolue n'est pas celle du droit administratif moderne » et il faut que le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte et non pas uniquement de la qualité de son auteur ou du but qu'il se propose » : finalement, seuls les actes de puissance publique échapperont donc à la compétence judiciaire : les actes d'administration des textes de 1790 et de l'an III sont devenus des actes de puissance publique.

Quels sont les autres actes ? Ce sont ceux qui seront qualifiés d'actes de gestion, c'est-à-dire selon Laferrière « ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté » (3). Quant aux pouvoirs que ces actes impliquent, Laferrière affirme que « les facultés que l'administration exerce dans l'accomplissement de ces actes, n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties. Les marchés passés par l'administration

(1) Aucoc : « Conférences », 2e éd. (1878), T. I, pp. 437-438.
(2) Arrêté du 2 germinal, an V ; cf. E. Laferrière : « Traité de la juridiction administrative », 2e éd., T. II, p. 477.
(3) *Op. cit.*, pp. 484-85.

pour assurer le fonctionnement des services publics et de l'exécution des travaux d'intérêt général, les actes faits pour la mise en valeur des propriétés publiques, les engagements pécuniaires contractés par l'Etat ou par les administrations locales pour subvenir aux besoins qu'ils ont mission de satisfaire sont des actes de gestion; l'intérêt public les motive, mais en général la puissance publique n'y intervient pas » (4).

Certes, il s'agit, pour E. Laferrière, de dégager les principes de la répartition du contentieux, mais certaines de ses conclusions sont intéressantes par la classification des actes qu'il fait. Néanmoins, il ne faut pas s'y tromper, le contentieux administratif reste très important, surtout si l'on tient compte de la liste des actes qui relèvent du contentieux administratif : « Il y a des actes qui concourent à la gestion de service public, à l'administration des biens possédés ou surveillés par l'Etat, mais qui, en même temps, se rattachent si étroitement à l'exercice de la puissance publique qu'ils échappent de plein droit à la compétence judiciaire, comme si cette puissance seule était en jeu. Telles sont les concessions faites à des particuliers sur le domaine public, les affectations qui consacrent des biens domaniaux ou communaux au service du culte, et d'autres actes analogues. L'élément contractuel qui s'ajoute, dans ces cas, à l'acte de puissance publique, ne le transforme pas pour cela en simple acte de gestion. Par cela seul que la puissance publique se manifeste dans ces décisions, elles relèvent exclusivement de la juridiction administrative et échappent de plein droit à la compétence des tribunaux. » (5).

Il y a dans ces lignes bien des passages qui ont une résonance très moderne et qui rappellent quelques-unes des discussions doctrinales les plus récentes, telle par exemple, cette superposition entre gestion et police (puissance publique), bien qu'elle soit entendue dans un sens et dans un but différents (6).

Mais il faut bien souligner, cependant, que le vocabulaire a relativement évolué depuis que Laferrière a écrit son célèbre Traité : notamment en ce qui concerne la gestion elle-même, puisque l'on distingue maintenant une gestion publique d'une gestion privée, encore faudrait-il déterminer si cette distinction recouvre celle du contentieux ou une distinction dans le mode de gestion lui-même (7). De même en ce qui concerne plus précisément la domanialité publique, quel sens faut-il accorder dans le texte de Laferrière au mot

(4) *Op. cit., eod. loc.*

(5) E. Laferrière, p. 485.

(6) Cf. Watrin, art. R.D.P. 1936, précité et Robert Kovar : « La légalité des « concessions », exclusives d'affichage sur le domaine public », J.C.P. 1964.I.1841, note 13.

(7) Sur ces problèmes, cf. Chapus (René) : « Responsabilité publique et responsabilité privée » (Biblioth. de droit public, 1957, T. VIII), notamment, p. 66 sq qui relève bien (n° 58) que la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion n'a pas joué en jurisprudence le rôle que lui a assigné une partie de la doctrine (voy. aussi n° 86 sq).

« concession ... sur le domaine public » ? S'agit-il d'occupations contractuelles du domaine ou d'occupations à titre de permissions de voirie ? Il semblerait d'après la suite qu'il s'agisse bien d'occupations contractuelles : il y a d'ailleurs, en faveur de cette acception, une raison de logique : à l'époque où écrit Laferrière, personne ne songe encore à avancer le caractère d'acte de gestion de la permission de voirie. Il faut d'ailleurs indiquer qu'en ce qui concerne l'expression concession d'occupation du domaine public, il n'est pas rare, aujourd'hui encore, de trouver les deux acceptions, ce qui n'est pas sans causer des incertitudes.

b) L'analyse de M. Koechlin (8).

L'une des idées maîtresses de M. Koechlin est que la distinction des actes d'autorité et de gestion était déjà en germe dès la période qu'il étudie, c'est-à-dire entre 1800 et 1830. Il faut ajouter que, selon l'auteur, la notion même de service public aurait été aperçue dès l'an VIII pour disparaître ensuite (9). M. Koechlin relève deux arrêts en 1817 et 1825 qui retiennent formellement cette distinction des actes d'autorité et de gestion, rendus à propos d'affaires communales (10), mais il suffira ensuite d'étendre la solution à l'Etat.

Sur le plan théorique, M. Koechlin remarque que c'est finalement par le biais de la *propriété* que s'introduira la distinction de l'autorité et de la gestion et il cite à cet effet un passage fort intéressant d'Henrion de Pansey qui écrit : « La contestation est judiciaire toutes les fois qu'il est question de statuer sur les rapports des citoyens entre eux; et elle n'est administrative que lorsqu'il s'agit de prononcer entre des particuliers et le gouvernement agissant non comme propriétaire, mais comme gouvernement. » (11).

La liaison gestion-propriété est intéressante à souligner, car en ce qui concerne le domaine public, nous verrons que la théorie de la gestion s'est également affirmée au fur et à mesure que la propriété du domaine public était admise.

Cette liaison devient particulièrement intéressante dans une espèce citée par M. Koechlin qui la résume ainsi : « Si l'objet de l'acte est en rapport avec l'exercice du droit de propriété, il n'a pas le caractère d'acte administratif. Il possède, au contraire, ce caractère si, dans la pensée de son auteur, il découle de l'exercice des pouvoirs de police. En même temps, on peut voir là une amorce de l'importante distinction des actes de gestion et d'autorité » (12).

(8) H. François Koechlin : « Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830 », Rousseau 1950.

(9) Koechlin, p. 278, n° 276.

(10) Koechlin, p. 267, n° 264.

(11) Henrion de Pansey : « L'autorité judiciaire en France », 3e éd., 1827, p. 364, cité par Koechlin, p. 297.

(12) Koechlin, p. 69, n° 72 à propos C.E. conflit Travers, contre maire de la commune de Mesnil-Raoult, ordon. 28 juillet 1824, Leb. p. 449.

c) Vers la fin de la théorie.

On sait que Berthélémy est l'un des derniers tenants de cette théorie. En 1933 il écrit encore : « Les actes où l'administration agit en vertu de son pouvoir de commandement la mettent hors du droit commun. Ce sont ceux-là qu'on appelle actes de puissance publique ou actes d'autorité. On leur oppose les actes de gestion. Les actes de gestion peuvent être soumis aux mêmes règles de compétence que les actes semblables faits par des particuliers. » (13).

Pourtant, Berthélémy n'est pas dupe de son obstination et il écrit dès 1906 que la distinction des actes d'autorité et de gestion comme critère de répartition des compétences ne repose plus sur rien et n'entraîne plus de conséquences juridiques (14).

On sait que c'est l'arrêt Terrier qui, avec les classiques conclusions du commissaire du gouvernement Romieu, marquera l'abandon définitif de l'ancien critère de répartition, pour l'adoption du couple gestion publique-gestion privée. Notons la différence fondamentale qu'il y a entre ce nouveau couple et l'ancien critère de répartition; tel que le présente M. Chapus : « La catégorie des actes de puissance publique est plus étroite que la notion de gestion publique, et, corrélativement, la catégorie des actes de gestion déborde la notion de gestion privée. » (15).

Certes, on peut discuter, comme le fait M. Chapus, le point de savoir si Romieu propose en fait un nouveau critère ou non : ce qui compte, c'est que finalement ses conclusions sont à l'origine du nouveau critère. Il n'est plus possible, après cet arrêt et ces conclusions, de défendre le vieux critère tiré de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion.

L'évolution sera ensuite très rapide. L'ouvrage de P. Grivellé, « *De la distinction des actes d'autorité et de gestion* » (1902) est déjà plus une étude historique qu'une étude de droit positif.

On va maintenant opposer la police et la gestion et montrer que l'opposition entre ces deux activités n'est pas aussi radicale qu'on le croit : « La police et la gestion ne sauraient être ventilées; elles se pénètrent sans cesse » (16) et la formule célèbre du commissaire du gouvernement Teissier dans une affaire Chevalier : « Le maire chargé à la fois de la police des voies publiques et de la gestion des affaires communales — il exécute les décisions du Conseil municipal — n'en constitue pas moins un personnage unique; aussi paraît-il légitime que dans certaines circonstances, il tienne compte de sa double mission. Si l'acte de police-autorisation qu'on lui demande est contraire aux obligations contractuelles de la commune, il a

(13) H. Berthélemy, 13e éd., 1933, p. 1100.

(14) Berthélemy, 6e éd., p. VI et 898 sq (1906). Cf. également *in* Mélanges Hauriou (1929) « Défense de quelques vieux principes », pp. 809-830.

(15) Chapus, *op. cit.*, p. 77.

(16) Concl. Teissier sur « Feutry », T.C. 29-2-1908, S. 1909-3-97, note Hauriou.

parfaitement le droit de refuser. » (17). On retrouvera, plus de vingt années plus tard, une expression analogue sous la plume de M. Pierre Laroque, dans son classique commentaire sous « Autobus Antibois » et « Demoiselle Taillandier » (18).

On sait qu'au Conseil d'Etat, Teissier fut le propagateur des idées d'Hauriou, qui avait étudié la gestion administrative quelques années auparavant dans une brochure que nous allons examiner séparément, car elle est de première importance.

Il ne reste donc plus rien de la vieille théorie, mais ce qui est plus curieux, c'est que l'éclat de l'ancienne théorie va continuer sous des formes atténuées, dont, il faut bien le dire, le couple gestion publique-gestion privée est un exemple.

Au point de vue terminologique, comme au point de vue de fond, on assistera à une évolution lente et régulière, qui va mener à une extension de l'idée de gestion à un nombre infini de secteurs de l'activité administrative. Sur le domaine public elle finira assez tardivement par supplanter complètement la notion même de police.

Il était important, pensons-nous, de dégager les éléments théoriques, ainsi que le vocabulaire, de ce qui deviendra la théorie de la gestion.

§ 2. — La gestion chez Hauriou.

L'apport d'Hauriou est fondamental, notamment par sa brochure : « *La gestion administrative — Etude théorique de droit administratif* » qui paraît en 1899.

Vers la fin du XIX^e^ siècle, le critère tiré de la distinction des actes de gestion et des actes d'autorité est en pleine crise, il ne semble plus répondre aux besoins du droit administratif. Plusieurs auteurs éprouvent alors le besoin de forger un nouveau critère de base du droit administratif, parmi lesquels Hauriou qui alors a déjà publié quelques éditions du Traité (première édition 1892) ; on y trouve aussi Duguit dont la pensée ne s'épanouira que quelques années plus tard, et Jacquelin (« une conception d'ensemble du droit administratif », 1899) (19).

La pensée d'Hauriou est certainement la plus complète et la plus élaborée, critique mais aussi constructrice.

(17) Concl. Teissier sur « Chevalier », C.E. 12 novembre 1909. Rec. p. 859.

(18) S. 1932.3.65, « Police et gestion n'apparaissent plus comme antinomiques, mais comme les qualifications différentes d'une même activité ».

(19) Cf. les remarques de GRIVELLÉ dans son ouvrage précité (« De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion », 1901) p. 25 sq ; cf. aussi les conclusions de M. Jagerschmidt sur « Conseil presbytéral de St-Etienne », 1894, p. 4.

a) Le point de départ :
la théorie classique des actes d'autorité et des actes de gestion.

La vieille théorie constitue, en effet, le point de départ indispensable; Hauriou va partir de cette idée classique de gestion et va essayer de la généraliser.

Après avoir remarqué (en 1899) que la distinction acte d'autorité-acte de gestion est apparue à une date relativement récente (sans préciser exactement), Hauriou étend la notion de gestion et aboutit à une formule qui revêt un caractère quelque peu prophétique : « La gestion serait alors, en un sens plus large, "l'administration économique du pays", non plus celle qui emploie comme moyen la manutention de la force patrimoniale de l'Etat, mais celle qui a pour but le développement général de la fortune publique par le bon fonctionnement des services, par une bonne police, une bonne justice, une bonne instruction publique, une bonne diplomatie, aussi bien que par de bonnes finances. » (p. 1).

Peut-être peut-on voir dans cette généralisation extrême, une véritable dénaturation de la gestion au sens classique, c'est-à-dire de l'acte opposé à l'acte de puissance publique ou de police. La gestion tend à devenir en elle-même le critère général de l'activité administrative.

b) Le progrès de la gestion.

Pour Hauriou, la gestion constitue, en effet, un progrès indubitable dans le droit administratif. Il définit la gestion administrative par le fait de la collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est le signe de l'accomplissement du travail d'exécution des services publics (p. 7). En opposant les situations de gestion et les situations d'autorité, il apparaît, dès lors, clairement que le développement des premières est un facteur de progrès. La situation de gestion se traduit par l'idée de collaboration entre l'administration et l'administré, la collaboration naît « toutes les fois que l'activité d'un administré ou son mode de jouissance s'exercent dans le même sens qu'une police de l'Etat ou qu'une utilisation du domaine public » (p. 18).

« Les permissions de voirie, si variées, ne pourraient-elles pas être considérées comme des utilisations de la voie qui seraient dans le sens même de la domanialité publique de celle-ci » (p. 19, note 2). Il s'agit là encore d'une de ces intuitions d'Hauriou, qui considère déjà ici la permission de voirie comme un acte de gestion : mais cette idée fait partie de ces idées d'Hauriou, lancées une fois seulement et qui ne sont plus reprises par la suite. Ce n'est que bien plus tard que cette idée pourra être à nouveau développée et acceptée par la jurisprudence.

L'analyse d'Hauriou se situe donc dans une optique résolument dynamique et « progressiste » du droit.

c) *Gestion publique, gestion privée et puissance publique.*

L'analyse d'Hauriou se précise, en fait, il distingue entre la gestion publique, la gestion privée et la puissance publique.

Mais, selon Hauriou, il faut bien se rendre compte que dans la gestion publique il subsiste de la puissance publique : ainsi, si l'on se demande en vertu de quels droits l'administration accomplit les opérations de gestion, « on est obligé de confesser que c'est en vertu de droits de puissance publique, c'est-à-dire de droits exorbitants de la vie privée. L'opération de perception des contributions est de gestion, le droit d'impôt est de puissance publique (20). La logique demande impérieusement que s'il y a de la puissance publique dans le droit, il y en ait aussi dans l'acte ou dans l'opération par lesquels le droit est exercé, car un droit ne peut pas changer de nature par cela même qu'il est exercé » (pp. 73-74).

Même dans les actes de gestion contractuels, « il n'y a pas la situation d'égalité qui est le propre de la vie privée; il s'y manifeste au contraire une inégalité et une subordination qui sont les caractéristiques de la puissance publique. Et puis les contrats administratifs ne sont pas le type de l'acte de gestion, ils en sont au contraire la limite » (p. 75).

Quelques années plus tard, Hauriou approfondira sa pensée sur ce point tout en la simplifiant aussi; il montrera, en effet, que c'est de l'opposition entre la « mesure d'exécution et la décision exécutoire que naît la différence juridique des deux catégories de situations, car toute volonté qui passe à l'exécution de ses décisions, les projette par là même, à raison des nécessités de l'exécution, à raison des concours et collaborations économiques que toute réalisation entraîne dans les différences du commerce juridique extérieur » (21).

Le vocabulaire et la pensée d'Hauriou ne sont évidemment pas toujours très clairs, d'autant plus qu'il s'agit d'une pensée en constant bouillonnement, mais on voit se dégager l'axe de cette pensée en ce qui concerne la gestion : on relèvera, cependant, que probablement par réaction à l'Ecole du Service public, Hauriou a été amené à accroître constamment la part de la puissance publique dans la gestion publique, jusqu'à supprimer la gestion publique, dans la 11e édition, qui est précisément celle où, dans la préface, il s'affirme le plus vigoureusement (22).

d) *La juridicité de la gestion.*

Il reste à montrer en quoi cette gestion est juridique, préoccupation que nous avions déjà entrevue, dans notre titre premier, lors-

(20) Ce qui répond à la question de M. Chapus (n° 58, p. 77) sur le partage entre gestion et commandement dans le recouvrement des impôts.

(21) 7e éd., 1911, p. 461.

(22) Plus exactement il parlera dans cette 11e édition (p. 21) de gestion de puissance publique !

qu'il s'agissait de déterminer à partir de quel point les mesures de police (dans le sens de la conservation) étaient opposables aux usagers de la voie.

Pour Hauriou, la voie de la gestion est juridique de deux manières :

— d'abord, les opérations d'exécution des services publics sont légales ou réglementaires, leur procédure est soigneusement réglée par le droit;

— ensuite, au fond, toute mesure d'exécution des services publics est juridique parce qu'elle fait partie d'une vaste entreprise de gestion de la Fortune de la Nation opérée par le gouvernement et son administration et qu'elle constitue ainsi une variété de la gestion d'affaires... « en effet, le gouvernement n'est pas tellement mandataire que gérant d'affaires... mais dans une très large mesure, ce n'est pas sa propre affaire qu'il gère, c'est l'affaire du pays et, par conséquent, l'affaire d'autrui : la fortune publique est la fortune du pays, les services publics sont les services du pays, le domaine public est le domaine national, c'est-à-dire le domaine du pays et nous verrons plus tard que les administrations publiques n'en ont que la propriété fiduciaire » (23).

L'idée fondamentale est donc qu'il y a de la puissance publique à un degré quelconque dans les différents actes de « gestion » administrative. C'est pourquoi, pour Duguit, chez Hauriou « le point essentiel de la théorie est la distinction de la voie d'autorité et de la voie de gestion. Les actes de gestion ne seraient pour Hauriou que des mesures d'exécution d'une décision exécutoire » (24). Dans la onzième édition, la gestion sera même qualifiée de gestion de puissance publique. En fin de compte, l'opposition n'est plus qu'une opposition puissance publique-gestion privée.

L'apport d'Hauriou, malgré cette évolution qui a fini par nier la gestion, reste grand, car le premier, il a systématisé la gestion et en a donné une vision juridique globale. On peut retenir aussi un certain nombre d'idées et d'expressions lancées en 1899 et qui ont fini par éclore bien plus tard.

Nous n'allons pas développer entièrement les théories concernant la gestion : nous les verrons à travers leur extension sur le domaine public et nous constaterons d'ailleurs qu'elles se sont développées à la même époque que la théorie générale.

(23) 7e éd., pp. 462-463 : on remarquera la réintroduction du domaine public et la position curieuse sur la propriété du domaine, le raisonnement aboutissait en fait à *nier la propriété* du domaine public, d'où le choix de cette expression « propriété fiduciaire » qui en soi n'a aucun sens, les deux termes sont même parfaitement contradictoires. Cela est d'autant plus curieux que le texte est d'une époque (1911) où la position d'Hauriou était déjà parfaitement élaborée, en ce qui concerne la propriété du domaine public.

(24) Duguit, 3e éd., T. II, p. 352 sq.

Section II

L'EXTENSION DE L'IDEE DE GESTION AU DOMAINE PUBLIC

Sur le terrain de la domanialité publique, la théorie de la gestion pose des problèmes très particuliers, plus délicats et plus complexes sans doute que partout ailleurs. Il s'agit, en effet, en dehors même du régime spécifique que constitue la domanialité publique, d'un ensemble de biens dont de toute manière une gestion, sous quelque forme que ce soit, doit être assurée. La gestion trouvera comme théorie particulière une application idéale.

Un problème de vocabulaire se pose d'abord : la nécessaire activité de gestion qui se déroule à l'occasion de tout bien, quel qu'il soit, ne doit pas se confondre avec la théorie administrative de la gestion. Elle peut, en particulier en ce qui concerne la gestion du domaine public, être conçue comme une activité interne à l'administration, sans effets juridiques particuliers, au sens où l'entend, par exemple, l'article 29 du Code du domaine public fluvial qui prévoit que les ingénieurs de la Navigation assurent la gestion du domaine public fluvial sous la surveillance du ministre des Travaux publics (25).

En fait, l'évolution montrera comment la conception de la gestion-activité interne a fait place progressivement à la conception de la gestion théorie juridique avec effets juridiques spécifiques.

Cette évolution, nous essaierons de la retracer en partant du XIX siècle et en suivant les diverses étapes caractéristiques au XX[e] siècle.

§ 1. — La période classique du XX[e] siècle et la gestion du domaine public.

a) La redevance.

Il s'agit là de choses très connues. Ainsi on sait qu'avant 1872 l'Administration de la Marine refusait de percevoir des droits pour l'utilisation du domaine public. Il a fallu qu'une disposition de la loi de finances du 20 décembre 1872 légalisât cette perception pour faire fléchir le ministère de la Marine. Une nouvelle disposition incluse dans une loi du 29 juillet 1881 a étendu cette possibilité à l'ensemble du domaine public, ces dispositions sont désormais reproduites chaque année dans la loi de finances. Un arrêt du Conseil

(25) Ce code introduit d'ailleurs une distinction unique dans la législation domaniale entre la gestion et l'administration. Il semble donc que ses rédacteurs aient eu une conception assez complète de la gestion, conçue comme activité interne à l'administration.

d'Etat de 1920 affirme expressément l'origine légale des redevances pour permissions de voirie (26) et cela en des termes particulièrement nets : « Considérant qu'en édictant ces dispositions, le préfet n'a fait que prendre les mesures nécessaires pour la conservation du domaine public dont il a la garde, et exercer le droit que les lois de finances reconnaissent à l'Etat de percevoir des redevances sur ledit domaine » (27). Les termes de cet arrêt sont particulièrement clairs; il ne s'agit nullement d'une clause de style. Le Conseil d'Etat continue de considérer que les droits perçus sur le domaine public ne le sont qu'en vertu de textes fiscaux spécifiques, en réalité, le véritable problème est ailleurs, c'est celui du mode de calcul et de fixation de la redevance (28).

L'établissement de la redevance apparaît, en effet, comme une prérogative de la gestion dans les deux sens de l'acception de ce terme. Au point de vue du droit municipal, par exemple, on sait que c'est le Conseil municipal qui fixe le tarif des redevances, le maire se contentant, par la suite, de faire application de ce texte aux permissionnaires.

Dans la théorie classique, le domaine n'est pas productif : ce n'est pas la rentrée de recettes de celui-ci qui en constitue l'élément le plus important. Le pouvoir exercé par l'administration sur le domaine est alors un pouvoir de police conçu au sens étroit du terme, la redevance ne revêt qu'un caractère accessoire ou même simplement accidentel. La redevance est séparée de la domanialité et c'est la série de textes dont nous avons parlé (loi du 11 frimaire an VII; du 20 décembre 1872; du 29 juillet 1881; art. 133 de la loi du 5 avril 1884) qui fonde les redevances. On s'attache d'ailleurs peu au mode de fixation de ces redevances qui le sont par de simples arrêtés, de même que la procédure d'établissement (29).

Ducroq, qui représente le plus parfaitement la doctrine classique, affirme très nettement que les fruits du domaine public ne sont pas sa raison d'être (30).

Cette attitude est si prononcée qu'à cette époque le refus de permission de voirie pour refus de paiement d'une redevance n'est pas admis, de même que le retrait pour refus d'accepter une augmentation du taux (31).

(26) Il ne s'agit que du domaine public national, car on sait que pour le domaine public municipal, il y avait déjà des textes, dont celui du 11 frimaire, an VII (art. 7, n°s 3-11-12, qui énumère les recettes municipales ; cf. aussi la loi municipale du 5 avril 1884).

(27) 9 juillet 1920, « Cie générale des Eaux », Rec. p. 693.

(28) Cf. aussi le célèbre arrêt « Laurens », C.E. 18 mai 1928 (D.P. 1928-3-65, conclusions Rivet et note de M. Waline) qui fonde, lui aussi, la redevance sur l'article 98 et 133, al. 7 de la loi de 1884.

(29) Cf. les arrêtés interministériels du 3 août 1878.

(30) Ducrocq, *op. cit.*, T. IV, p. 314, n° 1583. La jurisprudence prohibe la perception de droits sur l'usage normal du domaine « Ville de Toulon », 1918, p. 914.

(31) Cf. 30 janvier 1914, p. 110.

b) Le régime de l'octroi et du retrait des permissions de voirie.

C'est là l'aspect le plus directement visible de ce régime à la période classique. Le refus ou le retrait de la permission de voirie ne peuvent avoir lieu que pour des motifs de police entendus au sens le plus étroit du terme (32). Il s'agit là, au XIX[e] siècle, d'une jurisprudence absolument constante sur laquelle il paraît inutile d'insister trop longuement. Cette jurisprudence sera remise en cause, comme nous le verrons, à partir de la querelle des gaziers et des électriciens. On se plaît à souligner que le domaine public est alors conçu comme un domaine de police, c'est la période de l'exclusivité d'un pouvoir de police très strictement entendu, ainsi, par exemple, le détournement de pouvoir financier est compris de manière très stricte : il n'est pas inutile, par exemple, de se rappeler que l'arrêt « Lesbats » que l'on considère en général comme le premier arrêt moderne en matière de détournement du pouvoir de police dans un intérêt financier, est un arrêt rendu en matière de police du stationnement dans les cours des gares, il intéresse donc de très près la domanialité publique et l'un des aspects très particuliers de l'évolution ultérieure de ce régime : la protection du concessionnaire de l'administration (33).

La permission de voirie est donc considérée comme un acte de police et soumise comme tel aux limitations que connaît la police administrative et qui résulte avant tout du but d'ordre public qui est celui de la police. Il est significatif que pour faire pénétrer dans la permission de voirie d'autres considérations que celles de police pure — au sens classique — il ait fallu en venir à considérer la permission de voirie comme un acte de gestion et non plus comme un acte de police. Encore que pour certains auteurs, il y ait juxtaposition entre police et gestion dans la permission de voirie, et que pour d'autres on puisse chercher le fondement de cette évolution dans la notion d'ordre public économique et dans celle de police économique (34).

En résumé, la période classique considère le domaine public comme un domaine de police; le domaine public est uniquement, pourrait-on dire, en reprenant et modifiant la formule célèbre de M. Chenot, un objet de police administrative (35). Les motifs financiers et économiques sont totalement exclus du régime de l'utilisation du domaine public. Mais l'évolution s'est faite progressivement : on peut souligner à cet égard l'évolution intermédiaire, c'est-à-dire cette période assez courte pendant laquelle, si le retrait est susceptible de recours pour excès de pouvoir, le refus ne l'est pas encore : cela traduit bien une première modification, le permissionnaire se trouve dans une position moins précaire que celle du simple péti-

(32) Arrêt de principe : « Dehaynin », 14 novembre 1878, S. 1880.2.155.
(33) Cf. « Lesbats », 25 février 1864, Rec. p. 209, concl. Lhôpital.
(34) Sur ces notions, cf. *infra*, 3[e] partie.
(35) Conclusions Chenot sous « Sté Maritime de l'Afrique Orientale », 5 mai 1944, D. 1944.164.

tionnaire : il n'est pas exagéré d'y voir, dans une certaine mesure, une certaine situation de gestion (36).

On parle d'ailleurs beaucoup plus à cette époque d'administration du domaine public. L'expression « gestion » semble réservée, ainsi que nous l'avions déjà indiqué, aux activités qui relèvent du droit privé, ou aux mesures internes à l'administration qui ne portent pas atteinte aux facultés légales d'utilisation du domaine par les particuliers, en corrélation avec la conception très étroite de l'intervention de l'administration dans la vie économique qui est alors encore dominante. Ainsi l'activité gestionnaire du domaine recouvre, par exemple, le rôle technique de certaines administrations tels les Ponts et Chaussées. Mais cette gestion n'interfère pas avec les pouvoirs de police.

§ 2. — La première période de crise ou les aspects domaniaux de la querelle du gaz et de l'électricité et leurs limites.

Nous ne tenons pas à refaire ici l'inventaire complet de la querelle des gaziers et des électriciens, dans ses rapports avec la domanialité publique et le régime général de l'utilisation du domaine public. Il s'agit d'une étude qui a été maintes fois (37) faite : on se plaît généralement à montrer comment l'évolution qui a commencé avec cette crise a mené finalement à la gestion du domaine public dans son acception moderne. En réalité, nous voulons montrer les limites de cette interprétation qui est aujourd'hui quasi classique, car elle nous permettra de mieux dégager les erreurs d'interprétation sur la nature juridique de la gestion du domaine public.

a) *Les faits.*

Ils sont importants à connaître de manière précise, car c'est en général d'une vue trop schématique des faits que naissent un certain nombre d'interprétations hâtives.

Un certain nombre de municipalités ont, vers le milieu du XIX^e^ siècle, concédé l'éclairage public (et privé) à des entreprises gazières. Peu de temps après, l'éclairage électrique se répand et les communes qui se trouvent liées par contrat aux gaziers, le plus souvent avec une clause expresse de monopole et sans clause « progrès », n'ont aucun moyen d'obliger ces entreprises à substituer l'électricité au

(36) En gros cette période est celle du tournant du siècle. Elle est indiquée comme étant celle du droit positif par REGRAY : « Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible », Thèse, Paris, 1900, ouvrage d'une documentation exceptionnelle (pp. 60-80) voy. C.E. « Bonhomme » (S. 1886.3.56), ainsi que « Cie du Gaz » (D. 1880.3.109) ; cf. aussi TROTABAS, *op. cit.*, p. 102 qui montre bien la « conquête » progressive du droit au recours contre le refus et l'abandon de la théorie du pouvoir discrétionnaire.

(37) Cf. par exemple les paragraphes 8 et 9 de l'étude précitée de M. Kovar (J.C.P. 1964.I.1841).

gaz. De nombreuses communes accordent alors purement et simplement des permissions de voirie à des électriciens. Les gaziers réclament et obtiennent des dommages et intérêts assez élevés, mais d'un autre côté, les communes n'ont pas, dans la théorie classique du moins, la possibilité de retirer les permissions de voirie accordées aux électriciens; car ce serait bien évidemment un retrait pour causes économiques et financières prohibé jusqu'alors.

La jurisprudence va procéder en deux étapes que l'on a trop facilement peut-être dissociées. En effet, le problème est double : d'une part, il faut sortir de la situation inextricable au point de vue juridique et surtout financier, ce sera l'apport de deux arrêts fort connus (38) ; d'autre part, il faut aussi assurer l'éclairage électrique aux habitants, il n'est pas possible, en effet, de conserver trop longtemps l'éclairage au gaz alors que l'électricité est plus économique et bien supérieure : la solution qui touche non plus à la domanialité mais au droit des contrats est tout à fait contemporaine de la série d'arrêts qui touche les permissionnaires (39). C'est cette parfaite concomitance qui n'a peut-être pas été soulignée avec assez de vigueur, car, nous semble-t-il, elle traduit de la part du Conseil d'Etat une conception d'ensemble du problème, et montre assez bien les limites de l'interprétation domaniale des arrêts Pécard et Goret. Il s'agit peut-être là déjà d'une approche de la notion d'ordre public économique qui fera fortune plus tard (40). Il faut donc éviter de ramener la jurisprudence Goret à une simple extension des cas de retrait des permissions de voirie, d'autant plus que celle-ci a été éclairée par des conclusions de Romieu, justement connues.

b) Les conclusions de Romieu sur Goret (S. 1903-3-65).

Romieu définit la permission de voirie comme un acte émané de la puissance publique préposée à la garde du domaine public qui ne peut être retirée que dans l'intérêt de la viabilité, de la circulation, de la sécurité. Il s'agit donc d'une définition très classique qui laisse sa place au jeu du détournement de pouvoir dans un intérêt financier ou privé.

Mais l'apport essentiel est de considérer qu'il faut distinguer entre une permission de voirie délivrée à un particulier pour son usage personnel et une permission délivrée dans le but d'ériger un véritable service public comme, par exemple, celles délivrées aux électriciens. Ces dernières sont « des *actes de gestion*, d'ordre contractuel, dont la validité est avant tout subordonnée aux engagements antérieurs que les

(38) Pour les permissionnaires : « Pécard » (27-12-1901), S. 1912.3.33, note Hauriou ; « Goret » (6 juin 1902), S. 1903.3.65, concl. Romieu, note Hauriou.

(39) Pour l'interprétation des contrats et la substitution de l'électricité au gaz : Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen (10 janvier 1902), S. 1902. 3.17, note Hauriou.

(40) A moins qu'il ne s'agisse d'une conception très extensive de l'intérêt général et du service public.

communes ont pu prendre dans les contrats qui les lient aux compagnies concessionnaires de l'éclairage au gaz ». Il en tire cette conclusion que si ces autorisations sont déclarées illicites par le juge du contrat, la commune a le droit d'en faire cesser l'effet et le maire ne commet pas d'excès de pouvoir en en prononçant le retrait (41).

On voit l'innovation fondamentale et l'introduction du terme de gestion, dans un sens qui n'est pas encore son sens moderne. Mais il faut remarquer, avec l'annotateur anonyme de cet arrêt au Dalloz (42), que le Conseil d'Etat évite soigneusement de prononcer le mot gestion et ne suit pas entièrement son commissaire du gouvernement puisqu'il se contente d'utiliser des expressions à résonance très classique : les permissions peuvent, en effet, être retirées lorsque leur maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes, ou de consacrer « une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée ».

La brèche était désormais ouverte qui allait mener au rapprochement de la police et de la gestion et qui s'exprime dans les conclusions du commissaire du gouvernement Tessier sous les affaires « Feutry » et « Chevalier » précitées.

Il faut se garder d'ailleurs d'une confusion que nous retrouverons et qui résulte de ce que l'acte de gestion peut être soit un acte de gestion des affaires communales (au sens de l'opposition des actes de gestion et des actes d'exécution qui reflète le rôle respectif du maire et du Conseil Municipal), soit ce que l'on appellera plus tard un acte de gestion du domaine, il semble bien que dans l'esprit de Romieu, c'est la première acception qui soit envisagée.

c) *Le sens de cette jurisprudence.*

Pour A. Mestre, il ne fallait pas accorder trop d'importance à cette jurisprudence, car le Conseil d'Etat aurait eu un but essentiellement pratique, celui d'éluder de trop lourdes sommes à verser par les communes aux gaziers, mais elle ne serait pas fondée en droit (43). Il n'est que trop juste, en effet, de relever que le respect de l'autorité de la chose jugée est ici assez fallacieux : le seul fondement réel est l'engagement de la responsabilité pécuniaire de la commune, il s'agit bien d'un motif qui est assez peu juridique, mais qui traduit le souci qui a toujours été celui de la Haute Assemblée des nécessités administratives au détriment même parfois des principes juridiques. Il est vrai que l'on peut, ici, pressentir la distinction entre l'intérêt financier qui reste toujours prohibé et l'intérêt économique qui sera de plus en plus largement toléré par la jurisprudence administrative.

On aura d'ailleurs une preuve assez évidente du caractère relativement limité de cette jurisprudence, en observant l'évolution ulté-

(41) Romieu réserve la possibilité d'indemnité.

(42) D.P. 1904.3.17 : « la permission de voirie garde les caractères externes de la permission de police. »

(43) « La révocation des permissions de voirie » (Revue des concessions, 1923).

rieure qui montre qu'il faudra encore attendre près de vingt années avant que ne s'opère une véritable modification du régime des permissions de voirie par une extension très sensible des motifs de retrait.

La jurisprudence Goret n'est donc pas davantage qu'une étape; en elle-même cette jurisprudence est assez restreinte car elle vise avant tout à permettre à l'administration à sortir d'une crise. Cette notion de crise est assez importante à souligner, car si l'on examine cette jurisprudence, comme celle des années trente en matière de transports en commun, on verra que l'aspect domanial n'est finalement que très accessoire : il s'agit toujours de problèmes économiques que l'on a provisoirement abordé sur le plan domanial et que le législateur abordera très rapidement : ainsi, peu après « Goret » interviendra la loi de 1906 sur les permissions de voirie pour la distribution de l'électricité, puis celle de 1925 qui réduit presque à néant les permissions de voirie dans cette matière au bénéfice du système des concessions, enfin la nationalisation interviendra en 1946; une évolution analogue sera constatée en matière de distributeurs d'essence et de transports en commun. Cette évolution, à notre sens, montre les limites de la domanialité publique comme instrument de politique économique, contrairement à ce que l'on a parfois essayé de montrer. Le caractère économique du domaine n'est finalement qu'accidentel et accessoire; le domaine public n'a pas pour mission de servir à une politique économique, ce n'est qu'un régime juridique qui rencontre parfois l'intérêt économique des collectivités publiques (44).

Nous pouvons maintenant étudier la seconde période de développement de la théorie de la gestion, qui est celle de l'entre-deux-guerres. Mais nous étudierons cette étape en examinant d'une part le régime général de l'utilisation du domaine et d'autre part le régime des transports en commun.

§ 3. — La deuxième période de crise : l'entre-deux-guerres et le régime général de l'utilisation du domaine public.

Il faut bien indiquer que nous n'étudions pas les cas de retrait ou de refus des permissions de voirie : il s'agit là d'études qui ont déjà été faites de manière fort complète (45) et qui, au surplus, n'intéressent notre recherche que très accessoirement. Nous n'étudierons ici l'évolution du régime des permissions de voirie que dans la mesure où

(44) Ces points seront examinés de manière exhaustive plus loin : nous pensions qu'il était utile cependant de les souligner dès maintenant pour mieux comprendre notre interprétation de la jurisprudence.

(45) Notamment par M. MESTRE, article précité *in* « Revue des concessions » (1923, tiré à part) et surtout par M. André GERVAIS dont la thèse « Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public », Thèse Montpellier, 1942, constitue très certainement l'étude la plus complète.

ce régime a mené très directement à la conception actuelle de la gestion du domaine public; en particulier, la nature même de la permission de voirie a été remise en cause, celle-ci ne serait plus, en effet, un acte de police mais un acte de gestion du domaine public; cette manière de voir est à l'heure actuelle assez répandue — sans aucune systématisation cependant — pour que le Conseil d'Etat y fasse droit (46), les tribunaux administratifs ayant suivi dans l'ensemble très rapidement (47).

Il serait d'ailleurs intéressant de rechercher dans quelle mesure précise c'est le régime des permissions de voirie qui a fait évoluer la théorie de la gestion et inversement dans quelle mesure l'évolution de la théorie de la gestion a permis une évolution du régime des permissions de voirie. En fait, parmi les nombreux auteurs qui étudient de près ou de loin cette matière, la plupart confondent purement et simplement ces deux évolutions, ou plus exactement ne les distinguent pas l'une de l'autre. En d'autres termes, le régime des permissions de voirie sera conçu par ces auteurs comme étant celui de l'administration ou de la gestion du domaine, c'est-à-dire qu'ils mettent l'accent sur les droits de l'administration par rapport au domaine public, non sur les facultés légales d'utilisation du domaine par les particuliers, à travers les droits de l'administration et les réglementations spéciales qui ont pu être instituées. Nous n'avons relevé qu'un seul auteur qui préfère mettre l'accent sur l'utilisation par les particuliers (48). Or cette assimilation entre le régime des permissions de voirie et la gestion du domaine public, c'est-à-dire l'assimilation progressive entre police et gestion, et aussi le passage du point de vue du permissionnaire au point de vue de l'administration s'est précisément effectué pendant cette seconde période de crise, il convient donc de l'analyser.

a) Les analyses théoriques.

C'est sans doute Gaston Jèze qui, le premier, a sérieusement remis en cause la nature juridique classique de la permission de voirie, dans son article sur la « théorie générale des motifs déterminants »

(46) « Sté Nationale d'édit. cinémat. », précité (20 décembre 1957).

(47) « Froment », précité (T. adm. de Bordeaux, 17 octobre 1962), cf. cependant pour certaines réticences les positions plus nuancées sur le problème des concessions exclusives d'affichage (*infra*, 3e partie).

(48) Bernard (Jean) : « De l'utilisation du domaine public maritime - Etablissements de pêche et locations de plages », Thèse, Paris, 1930 : recherchant ce que pourrait être une étude de la domanialité publique maritime par une distribution rationnelle, J. Bernard considère qu'il faudrait étudier la condition juridique du domaine public maritime, la détermination précise des biens soumis à ce régime, la conservation du domaine, l'utilisation du domaine et enfin les transformations et le déclassement du domaine. Il indique (p. 10, note 17) qu'il est préférable d'écrire « utilisation » plutôt que « gestion » du domaine, c'est-à-dire qu'on se place au niveau des rapports du domaine avec la puissance publique « parce que la gestion et les pouvoirs corrélatifs qui appartiennent aux autorités administratives ne doivent être conçus qu'en vue de la pleine utilisation par les particuliers.

(R.D.P., 1922, p. 377). Jèze est le premier à évoquer le caractère économique de la permission de voirie, mais sans le mettre en rapport avec la domanialité publique, ce qui est assez intéressant à souligner. Il souligne que « ne prendre en considération que l'élément police c'est perdre de vue la nature essentielle, économique et juridique de la permission de voirie ». Mais en réalité, l'optique de Jèze est moins avancée qu'on ne le pense généralement. Il s'agit d'une optique qui n'est finalement que très essentiellement sinon exclusivement *fiscale*. Jèze cherche au fond à « décomplexer » l'Administration devant la perception de la redevance qui lui apparaît être chose normale qui n'a pas besoin de texte spécial. Il critique à cet égard l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine qui est allée en sens inverse. L'Administration, dit-il, ne doit pas seulement tenir compte lors de la délivrance, de stricts motifs de police, mais aussi d'autres motifs de caractères plus généraux : économiques ou financiers. Il critique même Romieu dont les conclusions sur Goret lui paraissent « peu satisfaisantes », cette jurisprudence sur les gaziers et les électriciens, si au fond elle lui paraît bonne, ne constitue cependant qu'une exception du Conseil d'État à sa règle générale. L'intérêt pécuniaire peut être, selon Jèze, un motif déterminant.

Il s'agit là d'une brèche mais qui n'a pas été reprise par la doctrine dans les mêmes conditions.

Ainsi, M. de Laubadère reprendra cette analyse, mais sur un tout autre plan, puisqu'il étudiera l'évolution du régime des permissions de voirie dans le cadre des « conséquences de la propriété administrative sur le régime des occupations anormales » (49). M. de Laubadère fait très naturellement remonter l'origine de l'évolution à « Goret » et aux conclusions du commissaire du gouvernement Romieu, ainsi d'ailleurs qu'aux travaux de Jèze. Mais si M. de Laubadère reconnaît fort justement l'importance de l'apport de Jèze, la parenté entre les deux études n'est finalement pas très grande, car M. de Laubadère, comme pour les autres problèmes domaniaux, met l'accent sur les conséquences de la propriété administrative de la voirie (50). En tant que propriétaire de la voie, l'Administration a des pouvoirs assez larges que l'on peut, en gros, assimiler à des pouvoirs de gestion : cette analyse, au moment où elle est faite (1935), semble correspondre parfaitement aux besoins du droit administratif. Mais c'est peut-être là son plus grand défaut de n'avoir pas suffisamment de recul par rapport à la jurisprudence qu'elle cherche à expliquer. Cela est très évident si l'on songe que finalement M. de Laubadère isole dans la jurisprudence, pour l'étudier plus à fond, ce qu'il y a de plus brûlant au moment où il écrit; c'est-à-dire le problème des transports en commun. Or, finalement, on s'aperçoit qu'il ne s'agit là que d'une utilisation domaniale parmi bien d'autres et qui se trouve en crise,

(49) A. de LAUBADÈRE, Thèse, pp. 202-213.

(50) On sait que G. Jèze a toujours nié la propriété administrative de la voirie.

une crise qui va se trouver résolue par le décret-loi du 19 avril 1934 dont M. de Laubadère est obligé de tenir compte et qui le conduit à des explications assez embarrassées vers la fin de son ouvrage.

Mais la jurisprudence ne s'est pas seulement penchée sur ces problèmes de transports, c'est cette jurisprudence sur les autres utilisations du domaine que nous voulons examiner.

b) La jurisprudence sur les permissions de voirie autres que les transports : le mystère de l'arrêt « Demoiselle Taillandier ».

Toute la jurisprudence a tourné, en effet, autour de cet arrêt « Demoiselle Taillandier » du 6 mai 1932 (51) qui est donc rendu quelques mois à peine après « Société des Autobus Antibois » et que M. P. Laroque a annoté au Sirey en même temps que celui-ci.

Cet arrêt admet la légalité du retrait d'une permission de voirie accordée à une demoiselle Taillandier pour l'exploitation d'un commerce d'objets de piété (dans une baraque) sur la colline de Notre-Dame de la Garde à Marseille (52). Il est clair que cet arrêt n'est important que si le motif de révocation est un motif qui, jusque là, n'avait pas été admis par la jurisprudence. A cet égard, comme toujours, l'arrêt lui-même est très laconique et se contente de relever que le motif de cet arrêt est bien un motif d'intérêt général.

L'intérêt général est-il en lui-même une nouveauté ? Certainement pas, car on le trouve déjà dans un certain nombre d'arrêts de la même époque, légèrement antérieurs, ainsi, par exemple, dans un arrêt « Compagnie des tramways de l'Est parisien » du 16 juillet 1918, cité par M. Kovar (53) ainsi que dans des arrêts postérieurs. Du moins est-ce là l'opinion généralement admise : or on trouve l'expression « intérêt général » dans des arrêts plus anciens tel un arrêt « Mines de Courrières » du 26 mai 1911, à une époque où l'intérêt financier est encore sévèrement réprimé (54). Il est donc certain que l'intérêt général n'a pas été conçu comme devant transcender en quelque sorte les motifs de police ou d'ordre public. Mais, peut-être, n'a-t-on pas assez souligné que le motif tiré de l'intérêt général n'a rien de nouveau, puisque expressément mentionné par la loi du 5 avril 1884 en son article 99 : « les permissions de voirie à titre essentiellement précaires ou révocables... peuvent en cas de refus du maire non justifié

(51) C.E. 6 mai 1932, Rec. 467 ; S. 1932.3.65, note P. Laroque ; D. 1934.3.18, conclusions Rousselier, note P. Duclos.

(52) Terrain militaire.

(53) Rec. p. 774 ; cf. Kovar, art. cit., note 7.

(54) Cf. Magnard, 30 janvier 1914, Rec. p.110, prohibition de l'intérêt financier (cité par M. Kovar). Autres arrêts où l'on trouve l'intérêt général : « Cie des Mines de Courrières », 26 mai 1911, Rec. p. 645 ; 4 août 1922, « Sté du Bourbonnais », Rec. p. 732 ; 22 mars 1923, « Mariole », S. 1925.3.1, note Hauriou ; 20 mai 1927, « Fabre », Rec. p. 581 ; 1-3-1929, « Sté des transp. en commun de la région toulousaine » ; 6 décembre 1929, « German et Audibert », Rec. p. 1077 ; 19 décembre 1930, « Montagne », Rec. p. 1087.

par l'*intérêt général*... ». On ne voit donc aucune nouveauté dans la réintroduction de l'intérêt général, sauf, bien entendu, dans l'hypothèse où le motif que couvrirait dans cette espèce « demoiselle Taillandier » l'expression « intérêt général » serait nouveau, c'est ce qu'il faut examiner.

Quel a été le motif du retrait de la permission de voirie de la Demoiselle Taillandier ?

Il faut bien souligner que la recherche de ce motif serait en soi sans intérêt s'il était simplement mal connu ou inconnu : si nous pensons que cette recherche peut présenter un *certain* intérêt, c'est qu'en réalité, l'arrêt a été utilisé et continue d'être utilisé dans deux directions complètement différentes qui aboutissent à des résultats diamétralement opposés.

Habituellement on se contente d'indiquer que le motif de retrait a été financier, et les précisions généralement fournies reviennent à indiquer que l'Administration aurait retiré cette permission afin de regrouper les permissions et d'en tirer un meilleur profit lors de la redistribution (55).

Les termes de l'arrêt sont, quant à eux, parfaitement laconiques : « considérant... qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que la décision portant retrait de l'autorisation d'occupation temporaire accordée à la demoiselle Taillandier sur le domaine public militaire pour l'établissement d'une baraque à titre temporaire et révocable ait été prise pour des motifs autres que ceux tirés de l'intérêt général ».

Que savons-nous du dossier ? Les conclusions du commissaire du gouvernement Rousselier sont assez troublantes, car il faut le rappeler, elles concluaient au détournement de pouvoir et au versement d'une indemnité. Deux motifs, en effet, ont été invoqués, le premier étant le motif financier, l'autre motif étant tiré, lui, de l'ordre public : la demoiselle Taillandier se disputait fréquemment avec sa voisine : cette aimable personne n'était pas seule, en effet, à exploiter un commerce d'objets de piété sur la colline de Notre-Dame de la Garde, devant la célèbre basilique et les disputes « faisaient le plus mauvais effet sur les nombreux visiteurs » ! On sera renforcé dans cette manière de voir lorsque, près de vingt cinq ans plus tard, le commissaire du gouvernement Guldner, dans ses conclusions précitées sous l'affaire « Société nationale d'éditions cinématographiques » (56), nous apprend que la demoiselle Taillandier « s'était vu retirer sa permission de voirie parce qu'elle se disputait fréquemment avec la tenancière d'une boutique similaire ». Ce même motif d'ordre public semble également ressortir des conclusions du commissaire du gouvernement Rousselier (conclusions contraires) ainsi même que de la note de

(55) M. de Laubadère, Traité, T. II, p. 183, n° 349 ; Jansse, pp. 289-290 ; Long-Weil-Braibant (Grands Arrêts), éd. 1965, p. 206 ; Kovar, art. cité, § 9. Cf. aussi Berthélemy et Rivero (Jean) : « Cinq ans de réformes administratives » (supplément à la 13e édition du Traité de Berthélemy-[Rousseau], 1938), p. 110 ; Y. Lenoir, *op. cit.*, p. 44.

(56) S. 1958.73.

M. Pierre Laroque. En effet, l'alternative est simple : ou bien le retrait a été opéré pour des raisons financières (dans ce cas l'arrêt serait assez novateur), ou bien il l'a été pour des raisons tirées de l'ordre public : la demoiselle Taillandier se disputait avec sa voisine et semble avoir été constamment à l'origine des disputes. Dans le premier cas, qui est le plus intéressant, on précise même que c'est en vue d'un regroupement et d'une redistribution des permissions que le retrait aurait été opéré : or dans ce cas, la permission de la voisine eût du être retirée également, ce qui n'a pas été le cas. M. Pierre Laroque écrit : « l'Administration lui retira l'autorisation dans un but de regroupement des autorisations accordées, sans doute en vue d'obtenir une augmentation des redevances. Toujours est-il qu'à la requérante a succédé, *dit-on*, une autre commerçante du même ordre » (57).

On comprend, dès lors, les hésitations du commissaire du gouvernement Rousselier qui croyait pouvoir conclure au détournement de pouvoir pur et simple : si le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi, le laconisme de sa décision ne permet, en aucune manière, de conclure à l'assimilation à l'intérêt général de la décision en faveur d'une redistribution qui n'a jamais eu lieu. Il faut, en effet, distinguer entre le retrait pour l'obtention d'une redevance plus élevée — qui n'est pas le cas d'espèce, car l'Administration n'a même pas demandé une telle augmentation — et le regroupement qui fait apparaître des considérations économiques ou des raisons de meilleure utilisation du domaine qui ne sont même pas en cause ici (58). L'annotateur au Dalloz (M. Duclos), se montre d'ailleurs assez réservé sur la portée de cette jurisprudence.

L'arrêt « Taillandier » conserve d'ailleurs une importance réelle de premier plan. A une époque où les commentateurs soulignent l'extension dans tous les domaines de la notion d'intérêt général ou de celle d'utilité publique (ou bien même de celle d'ordre public), il symbolise en quelque sorte ce mouvement en ce qui concerne l'utilisation du domaine. Il ne faut néanmoins pas lui accorder, nous semble-t-il, la portée qu'on lui a reconnue le plus souvent : nous pensons avoir suffisamment montré qu'il y avait une véritable équivoque autour de cet arrêt, d'une part dans les motifs mêmes du retrait, d'autre part dans l'utilisation parfois contradictoire qui en a été faite.

(57) Note précitée au S. 1932.3.65.

(58) C'est très exactement le cas de l'arrêt « Montagne » du 19 décembre 1930, précité (Rec. p. 1087)... pour retirer au sieur Montagne la permission d'installer temporairement sur une plage deux cabines de bains, l'administration s'est fondée sur ce qu'il était « nécessaire d'améliorer les conditions d'exploitation de la plage de St-V... en concentrant sur une bande de 25 m de longueur les cabines qui étaient autrefois disséminées sur toute l'étendue de la plage et qui masquaient la vue aux promeneurs ; que le but d'intérêt général qu'il (le ministre) s'est ainsi proposé est au nombre de ceux qui légitiment l'exercice du pouvoir de retrait conféré à l'administration par l'arrêté précité » (il s'agit de l'arrêté interministériel du 3 août 1878 sur la délivrance des permissions de voirie). Cet arrêt nous paraît plus significatif, il est moins spectaculaire et plus nuancé que l'arrêt Taillandier. La doctrine ne l'ignore généralement pas, mais se contente de le citer.

L'arrêt marque l'entrée de l'intérêt général « à part entière » dans le régime de l'utilisation du domaine.

c) *La notion d'intérêt général dans l'utilisation du domaine public.*

L'intérêt général a été utilisé de plus en plus fréquemment par la jurisprudence sur le régime de l'utilisation du domaine public. Si un arrêt du 20 février 1934 semble marquer un pas en arrière en revenant aux motifs « tirés de l'intérêt de la voirie » (« Sieurs Soustre et Cros-Mayrevieille », rec., p. 257) la plupart des arrêts vont désormais se référer à l'intérêt général : encore que ce soit sous une forme un peu particulière, puisque la jurisprudence va employer des formules qui ne sont pas toujours très claires et qui parfois même prêtent à équivoque.

Ainsi, un arrêt du 16 mars 1934 (« Société des fours à coke de Montluçon », rec., p. 366) parle de l'intérêt général dont l'Administration a la charge et dont elle doit tenir compte dans la délivrance des permissions de voirie, mais elle ne doit pas fonder « une décision de refus sur des considérations étrangères à la sauvegarde des intérêts généraux... »; un arrêt assez connu « Sté industrielle des schistes dérivés » (5 novembre 1937, rec., p. 897) parle des « *intérêts proprement dits du domaine* » qui doivent intervenir pour statuer sur les demandes de permissions de voirie, parallèlement aux « autres intérêts de caractère général ».

Mais ces formules qui paraissent relativement claires vont coexister avec d'autres qui le sont beaucoup moins : « intérêt général de l'aménagement du domaine et de la circulation » (59) ou « intérêt général de l'aménagement du domaine public et notamment (l') esthétique » (60).

Ces formules nous paraissent assez curieuses et traduisent une conception particulière de la notion d'intérêt général : on peut y déceler le cheminement qui a mené à la fusion des intérêts de la voirie au sens étroit avec les intérêts généraux qui, de plus en plus, ont envahi la notion de police (61).

On voit donc que, en réalité, la « transformation » dont on a parlé en ce qui concerne le régime de l'utilisation du domaine, s'est propagée par une utilisation extensive de la notion d'intérêt général dont on

(59) « L'organisation française Autodux », 23 octobre 1935, Rec. p. 975 ; « Lechevallier », 13 décembre 1940, Rec. p. 232.

(60) « Cie nouvelle des chalets de commodité », 14 mars 1941, p. 49 ; cf. aussi « Mariole », précité (23 mars 1923, S. 1925.3.1, note Hauriou) « rien ne s'oppose à ce qu'une permission de voirie puisse être retirée dans un intérêt général autre que celui de la voirie ».

(61) Cf. par exemple, « Robert », 26 février 1936, Rec. p. 247 ; « consid. qu'il appartient au maire, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 90 et 97 de la loi du 5 avril 1884, de réglementer dans l'intérêt général, la circulation des voitures » : n'y a-t-il pas ici une fusion entre l'ordre public et l'intérêt général ? Sur ces problèmes, cf. *infra*, p. 218.

peut dire qu'en quelque sorte elle aura permis de « sauver » les apparences. Ainsi M. P.-L. Josse indique dans une note sous un arrêt « Société de constructions d'embranchements industriels » (22 mars 1929, rec., p. 355, D.P., 1930.3.5, note P.-L. Josse) : « peu importe que les redevances ne correspondent pas à un souci de protection, de conservation ou de restauration du domaine public atteint par l'occupation, qu'elles n'aient d'autre but que de procurer des ressources à la commune : elles sont légales parce que, aujourd'hui, l'intérêt financier de la collectivité est inclus dans l'intérêt général légitimant les conditions posées par l'Administration et ne peut plus être regardé comme étranger au régime des permissions de voirie » (62).

En d'autres termes, l'extension des motifs admis dans le régime des refus et des retraits de permissions de voirie, s'est faite par l'extension d'une catégorie ancienne : l'intérêt général (63). Dans la mesure où cette extension s'est ainsi réalisée, on peut se demander si elle ne s'est pas réalisée, ici encore, pour des raisons totalement extérieures au domaine public et à la domanialité publique, qui n'aura servi ici que de support, non de fondement théorique. Ce n'est pas le domaine public qui a changé de nature : c'est la notion d'intérêt général qui s'est considérablement modifiée.

Mais quelle est l'importance réelle de ce facteur et de cette étape dans l'évolution vers la théorie de la gestion du domaine public ? Il semble qu'elle soit indirecte : on a cru que dans la mesure où il y avait extension des motifs admis — extension dont on voyait mal les limites — on était en train d'assister à une modification totale du régime du domaine public et plus précisément du régime de l'utilisation des permissions de voirie. On a même cru, en effet, que l'intérêt général représentait une catégorie nouvelle et inconnue qui faisait quitter le terrain classique de la police. Seulement, quelques années plus tard, on remettra en cause la notion même de gestion et lorsque l'on cherchera à l'approfondir, on sera obligé de constater que cette gestion avait pour caractéristique fondamentale d'être orientée dans l'intérêt général et dans un intérêt général assez étroitement conçu, plus précis que l'opposition avec l'intérêt général que l'on rencontre dans la gestion privée et sur le domaine privé : il s'agit d'un intérêt général que l'on peut qualifier de « positif » par opposition à la constatation que fait la doctrine récente, lorsqu'elle affirme qu'il n'y a pas (ou plus) d'intérêt privé de l'Administration. Il s'agit là d'une simple remarque qui ne peut que signifier que l'on ne peut affirmer qu'il puisse y avoir un intérêt privé de l'administration distinct de l'intérêt « général ». Cependant, il subsiste des différences notables entre la gestion du domaine privé et celle du domaine public, différence que souligne bien

(62) Dans l'espèce annotée par M. P.-L. Josse il s'agissait de statuer sur la validité d'une condition imposée aux pétitionnaires : participation aux bénéfices réalisés.

(63) On avait sans doute « oublié » l'article 99 de la loi du 5 avril 1884 qui faisait de l'intérêt général un des motifs de la délivrance des permissions de voirie du maire, à une époque (1884) qui est le summum du classicisme domanial.

M. Martres lorsqu'il indique que la gestion du domaine public concerne finalement essentiellement le statut de certaines professions, mais il souligne, ailleurs, que le fait que la gestion du domaine public soit exercée dans l'intérêt général ne modifie en rien la gestion (64), ce qui semblerait ôter finalement toute portée réelle à cette notion d'intérêt général dans l'exercice du pouvoir de gestion, alors pourtant que la jurisprudence la plus avancée en cette matière admet fort bien la possibilité du détournement de pouvoir, dans le cadre même de la gestion (65).

On retrouve, dès lors, cette constatation faite par une grande partie des auteurs qui ont étudié la notion d'intérêt général et qui distinguent entre deux sens de la notion d'intérêt général, un sens que l'on qualifie généralement de sociologique et un sens proprement juridique : il y aurait ici, très nettement, une confusion entre ces deux acceptions (66). Ce n'est, bien entendu, que dans la mesure où l'on a confondu les deux sens que l'on a pu voir dans le développement de l'intérêt général au sein du régime des permissions de voirie, un dépassement du régime de police et une approche de la gestion que constate, par exemple, M. Pierre Laroque dans sa note sous « Demoiselle Taillandier » et « Sté des Autobus Antibois » précitée (S. 1932. 3.65).

§ 4. — Les transports en commun et le régime de l'usage du domaine public.

a) La jurisprudence du XIX^e^ siècle.

Il faut d'abord rappeler que le problème des transports en commun, en particulier celui des pouvoirs de l'administration, ne s'est pas posé pour la première fois à l'époque étudiée : en pleine époque libérale; la jurisprudence, dans des espèces bien connues, avait admis que l'autorité administrative disposait à l'égard de cette activité de pouvoirs accrus. C'est d'abord l'arrêt des chambres réunies « Aujouvin » (24 février 1858) (67) qui vise la loi du 14 décembre 1789, des

(64) Cf. MARTRES, *op. cit.*, T. I, pp. 129-130 et p. 136.

(65) C'est le cas dans le jugement du Tribunal administratif de Bordeaux « Froment », précité.

(66) Cf. MODERNE (Frank) : « Recherches sur les prérogatives de la puissance publique » (thèse, Bordeaux, 1960), T. III, p. 74 qui distingue entre l'acception politico-sociologique et l'acception juridique. Selon M. Vedel, cité par M. Moderne (renvoi au cours de M. Vedel, 1951-1952, p. 223) « du point de vue juridique, définir l'intérêt public, c'est déterminer les autorités compétentes pour dire ce qui est intérêt public ou ce qui ne l'est pas ». Cf. aussi MARTRES, *op. cit.*, pp. 55-56 (substitution d'une conception de l'intérêt général à une autre). Sur l'inexistence de l'intérêt privé de l'administration, cf. Vedel *in* Mélanges Mestre (cf. p. 542, « Remarques sur la notion de clause exorbitante) et Auby (art. cit. *in* E.D.C.E., 1958, p. 35). Sur les rapports entre ordre public et intérêt général, cf. *infra*, 3^e^ partie. Rivero, R.D.P. 1953, p. 283.

(67) D. 1858.I.256.

16-24 août 1790 et du 22 juillet 1791 sur la police municipale et qui affirme : « attendu que les arrêtés... ne s'immiscent en rien dans l'exercice général de l'industrie des entrepreneurs et loueurs de voitures publiques, qui est régie par des lois particulières; qu'ils se bornent à réorganiser et réglementer le service spécial et exceptionnel des voitures destinées au transport en commun dans la ville et le territoire de Marseille, service qui ne pourrait, sans de graves inconvénients pour la circulation des voitures et la sûreté des personnes à pied, être laissé à *la libre concurrence des entrepreneurs;* attendu, dès lors, que les mesures ci-dessus, prises dans un intérêt de police et de bon ordre, et fondées sur les dispositions formelles de la loi en la matière, rentrent expressément par leur objet dans le cercle légal des pouvoirs confiés à l'autorité municipale; que la liberté de l'industrie... n'existe qu'à la charge de se conformer aux règlements de police qui sont ou qui pourront être faits, et que les restrictions que ces règlements peuvent y apporter comme conséquence des mesures qu'ils prescrivent compétemment ne peuvent constituer une violation du principe invoqué; attendu que si les susdits arrêtés contiennent d'autres dispositions excessives, comme le prétendent les défendeurs, notamment en ce qu'ils attribuent à *une seule compagnie le droit exclusif du transport en commun des habitants de la ville de Marseille...* la légalité des mesures d'ordre et de police n'en saurait être atteinte; qu'il est de règle, en effet, que chaque disposition d'un arrêté municipal dont on demande la sanction pénale aux tribunaux, doit être examinée isolément dans sa valeur intrinsèque et dans ses rapports avec la loi qui a conféré à l'autorité municipale le droit de faire des règlements sur des matières déterminées; ... ».

Ce texte est d'une clarté qui n'exige que peu de commentaires : il montre en tout cas qu'il ne faut pas chercher dans la domanialité publique les raisons d'une réglementation de police des transports en commun, mais que celle-ci peut aussi se trouver dans la notion de police elle-même.

Il faut aussi se référer aux conclusions du commissaire du gouvernement Gauwain dans une affaire « Ponthas » (68) dans lesquelles on peut trouver une véritable théorie des transports en commun : la domanialité y reprend d'ailleurs certains droits, mais assez peu à vrai dire; en effet, pour le commissaire du gouvernement Gauwain c'est dans la mesure où les voitures publiques font de la voie un usage exceptionnel que les pouvoirs des autorités de police s'en trouvent accrus.

Lorsque le Conseil d'Etat va se trouver aux prises avec le problème de la protection des concessionnaires des collectivités locales, il ne s'agira donc pas à proprement parler d'une nouveauté totale en jurisprudence, ce qui ôte une grande portée théorique à la remise en cause de la domanialité publique que l'on a parfois cru déceler pendant

(68) 1888, Rec. p. 920, concl. Gauwain. Cf. également « Bouchardon », 2 août 1870, Rec. p. 970 et « Paul Vasseur et autres », 20 mars 1885, Rec. p. 355.

cette période, dans la mesure où il ne s'agissait que de l'adaptation d'une ancienne jurisprudence aux circonstances modernes, avec les mêmes fondements théoriques.

b) La jurisprudence « Sté des Autobus Antibois » et le problème des transports.

On sait comment est née cette jurisprudence des transports en commun. Il faut préciser que cette jurisprudence se déroule sur deux plans, car deux problèmes nettement distincts sont posés : d'une part, la protection des concessionnaires des municipalités — ce qui est un problème en fait ancien — d'autre part, la protection des chemins de fer, particulièrement des chemins de fer d'intérêt local (départemental) contre la concurrence de la route.

La jurisprudence de cette époque tourne essentiellement autour du célèbre arrêt « Société des Autobus Antibois » (69) qui admet que le maire de Cannes a pu protéger l'entreprise concessionnaire de la commune contre la concurrence d'autres entreprises, en subordonnant à la délivrance d'une autorisation l'exploitation d'un service fonctionnant à l'intérieur de l'agglomération urbaine et en fixant aux entreprises exploitant des services interurbains des points d'arrêts obligatoires ou des itinéraires spéciaux.

Il faut remarquer à propos de cet arrêt que s'il concerne l'utilisation du domaine public, en réalité, il ne met pas en jeu de véritables « pouvoirs domaniaux », mais uniquement des pouvoirs de police : le titre même de l'intervention du maire est ici l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884. D'ailleurs le commissaire du gouvernement Latournerie base son argumentation essentiellement sur la commodité et la sécurité de la circulation (qui) exigent que le nombre des voitures publiques... puisse être à l'occasion limité, ce qui peut conduire, en certains cas, jusqu'à la limitation du nombre des entreprises qui assurent l'exploitation de ces voitures et, le cas échéant, jusqu'au monopole ». Certes, l'intérêt de protection du concessionnaire est devenu dans cette jurisprudence de plus en plus affirmé, mais on peut dire que jamais la préoccupation tirée de l'ordre public n'a été totalement absente. On a signalé à cette époque, les cas de nombreux trajets où s'affrontaient jusqu'à sept compagnies rivales se livrant sur la route même à une lutte de vitesse acharnée et dangereuse.

La jurisprudence « Société des Autobus Antibois » a été précisée par quelques arrêts très importants (70), qui sont venus indiquer de

(69) Conseil d'Etat, 29 janvier 1932, Rec. p. 117, S. 1932.3.65, note Pierre Laroque, D.P. 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blaevoet, R.D.P. 1932, concl. Latournerie ; cf. également, 28 octobre 1932, « Sté des Chemins de fer et tramways du Var et du Gard », Rec. p. 882.

(70) Essentiellement : 13 janvier 1933, « Mironneau », Rec. p. 50, S. 1933.3.41, note P. Laroque, 23 juin 1933, « Planche », Rec. p. 682, D. 1933.3.86, note P. Laroque, S. 1933.3.81, concl. Rivet, note Alibert, 11 juillet 1934, « Beaumont et Meley », 2 espèces, Rec. p. 809, S. 1935.3.33, concl. Andrieux, note Mestre, D.P. 1934.3.41, concl. Andrieux. Cf. également « Ramel », précité.

manière plus détaillée les possibilités d'intervention des maires et des préfets, le principe fondamental restant toutefois que le préfet ne peut valablement instaurer un régime d'autorisation sur l'ensemble du département (cf. Beaumont et Meley), sans tenir compte des circonstances particulières à chaque ligne envisagée.

Les détails de cette jurisprudence n'ont, à l'heure actuelle, plus d'importance car, on le sait, le décret-loi du 19 avril 1934 est venu réglementer cette matière de manière très précise et très stricte. Certes, on a pu dire que ce décret s'était inspiré de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'en particulier c'est sur le rapport d'un membre du Conseil d'Etat, présenté au Conseil Economique que le décret fut préparé (71), il n'en reste pas moins que la jurisprudence, si elle a répondu de la façon la plus satisfaisante aux besoins de l'heure en un très bel effort d'adaptation, ne pouvait aller plus loin : il ne lui appartenait pas de mettre sur pied une réglementation (72) du régime des transports en commun, mais de résoudre une situation qui était une véritable situation de crise. Il s'agit donc de montrer quelles sont les limites de cette jurisprudence.

c) *Les limites de la jurisprudence.*

De nombreux auteurs ont pu monter que, aux environs des années 1930, on a assisté à un véritable bouleversement des notions fondamentales en matière de domanialité publique. On comprend d'autant mieux cette manière de voir, si l'on songe que, parallèlement, on assistait à une extension des motifs d'intérêt général, ainsi que nous l'avons indiqué (73). On pourrait se demander si la coïncidence entre ces deux mouvements jurisprudentiels est fortuite ou non : il y a au moins une chose qui paraît fortuite, c'est le développement du contentieux né des problèmes de transports en commun qui est lié au développement de l'automobile : à moins que l'on n'intègre sur un plan plus sociologique que juridique l'ensemble de la jurisprudence à des circonstances nées de la guerre et de la crise économique, mais cela dépasse les considérations juridiques que nous pouvons retenir ici.

La seule question qui nous paraisse dès lors importante à examiner est celle de savoir si cette jurisprudence sur les transports en commun est spécifique au domaine public, dans quelle mesure elle aura pu en faire modifier le régime général du point de vue de son utilisation.

Or il nous semble que cette jurisprudence s'explique par des considérations tout autres que celles tirées de la domanialité publique, cela a d'ailleurs été souligné par de nombreux auteurs.

(71) Cf. le rapport de M. P.-L. Josse au Conseil National Economique publié au *J.O.*, du 23 février 1934, p. 1840, la domanialité n'y est même pas évoquée.

(72) Ou, selon l'expression de M. Rodière, une « véritable coordination avant la lettre », Droit des transports (1955), p. 109, n° 76.

(73) Il n'est que trop révélateur de relever que M. Pierre Laroque englobe « Taillandier » et « Autobus Antibois », dans un même commentaire : il est d'ailleurs le seul à le faire.

Ainsi, M. Rodière écrit que « l'origine de l'intervention de l'Etat ne doit pas être cherchée dans les notions de police, ni dans celle de domanialité... Il n'en reste pas moins, quelque habileté que l'on ait mis à soutenir le contraire, que la tradition du droit public français ne conduisait pas à faire un sort particulier aux transporteurs routiers parmi les autres utilisateurs de la route » (74). Pour M. Rodière, c'est donc la notion d'interventionnisme économique qui est à la base de la réglementation des transports en commun : le raisonnement va même plus loin, M. Rodière montre fort justement que du jour où l'Etat est intervenu dans les transports en commun par les voies ferrées (spécialement les voies d'intérêt local) il était conduit à intervenir, à plus ou moins brève échéance, dans l'ensemble du régime des transports en commun.

Certes, M. de Laubadère, dans sa thèse, reconnaîtra que le décret du 19 avril 1934 est d'essence dirigiste, mais il établit néanmoins l'interventionnisme de l'administration avant ce texte, sur les principes de la domanialité publique, et bien entendu, sur la propriété administrative de la voie (75). On pourrait d'ailleurs se demander, s'il en était effectivement ainsi, pourquoi il a fallu un texte spécial nettement dirigiste pour parvenir à un début réel de politique de la coordination des transports.

Pour M. Teitgen, par contre, la série d'arrêts inaugurés par « Société des Autobus Antibois » ne s'explique que par les difficultés économiques du moment, cette jurisprudence n'est, pour M. Teitgen, que circonstancielle et n'a rien de révolutionnaire; M. Teitgen concluait d'ailleurs ses remarques en posant que : « il n'y a pas lieu d'insister davantage sur cette question, le pouvoir central s'en étant saisi avec le dessein de la régler au mieux des intérêts en présence » (76). D'ailleurs, pour M. Teitgen, les services municipaux de transport en commun contrôlés par l'administration étaient à l'époque un moyen d'assurer l'ordre public, en particulier le bon ordre de la circulation, sa régularisation et sa commodité; enfin, l'état des finances communales est alors tel, que la protection de l'équilibre financier gravement menacé par cette concurrence, est lui aussi un véritable intérêt de police et d'ordre public (77).

De la notion d'ordre public on est passé, on le sait, à la notion d'ordre public économique. Cette notion qui sera étudiée plus loin (78) est déjà en germe dans cette série d'arrêts : il est significatif que M. Auby explique cet arrêt « Autobus Antibois » par la notion d'ordre

(74) Rodière, *op. cit.*, p. 34, n° 17 et pp. 108-110, n° 77 : M. Rodière renvoie particulièrement à la thèse de M. de Laubadère.

(75) M. de Laubadère, Thèse, p. 363 sq.

(76) Teitgen, *op. cit.*, p. 455, cf. également, pp. 108-109 et 452-455 : il faut rappeler que M. Teitgen écrit quelques semaines *avant* le décret-loi du 19 avril 1934.

(77) Teitgen, pp. 108-109.

(78) Cette notion sera étudiée, *infra*, 3e partie.

public économique, ce qui montre bien que l'explication domaniale n'a que très peu de fondement en l'espèce (79).

M. Castagné reprend cette explication et parle d'une « application extensive de la notion d'ordre public en matière économique » (80) : il est d'ailleurs significatif que dans l'étude de M. Castagné qui porte sur le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, ces problèmes soient étudiés dans le chapitre consacré au détournement de pouvoir que M. Castagné présente comme un domaine de divergence de la compétence administrative et judiciaire.

On pourrait d'ailleurs parler tout autant de circonstances exceptionnelles ou de période de crise : ne parle-t-on pas, à propos de cette époque, de dirigisme de crise ? Quelque explication que l'on cherche à donner à cette jurisprudence, on le voit, la moins solide paraît bien être celle de la domanialité publique : *d'une part*, en effet, si l'on approfondit quelque peu on se rend compte que si dans la jurisprudence « Taillandier » le domaine public est effectivement en cause (il s'agissait d'une permission de voirie comportant modification du domaine : la preuve en était d'ailleurs que c'était le ministère de Guerre qui avait délivré la permission, car il s'agissait du domaine public militaire, alors que le maire aurait eu compétence pour délivrer un simple permis de stationnement), ici ce n'est pas l'autorité gardienne qui délivre la permission mais le maire (y compris sur les « traverses » inévitablement empruntées par un service d'autobus) (81) : ce n'est donc en aucune façon la domanialité qui fournit les fondements de ces pouvoirs (il n'en est à aucun moment question dans l'arrêt lui-même), c'est, une fois de plus, comme dans le cas de la « police de la conservation » la voie publique qui est en cause, non la domanialité, c'est donc l'adaptabilité de la police qui a joué son rôle et a montré son utilité; *d'autre part*, quoiqu'en ait dit le commissaire du gouvernement Andrieux dans ses conclusions sous l'arrêt « Beaumont et Meley » précitées (11 juillet 1934) ce ne sont en aucune façon des pouvoirs domaniaux que consacre le décret du 19 avril 1934, mais le plus bel exemple d'interventionnisme économique, précisément en ce qu'il attribue cette compétence nouvelle à de simples arrêtés ministériels. La domanialité juridique, simple régime juridique, ne peut servir de fondement à une coordination des transports en

(79) M. Auby : « Cours de droit administratif », 2e année, 1953-54, édit. Tex. p. 152 (cité par M. Castagné, *op. cit.*, p. 130).

(80) Castagné, p. 130. Par ailleurs, M. Castagné, p. 35, semble considérer la gestion du domaine comme une « police spéciale ».

(81) M. Guldner, dans ses conclusions précitées sous « Sté Nationale d'Edit. ciném. », dont le rôle en faveur de l'admission de la thèse de la « gestion » du domaine est fondamental, réserve le cas de l'occupation superficielle, sans emprise, qui revient à l'autorité de police : au point qu'on change de catégorie juridique, non seulement en ce qui concerne le titulaire, mais aussi en ce qui concerne l'étendue des droits ; on n'explique pas comment la propriété du domaine n'entraîne pas de conséquence juridique, dans ces cas, alors que l'on admet le couple gestion-propriété.

dehors de textes spécifiques, qui devaient et sont intervenus, tout comme cela fut le cas en matière de distribution de l'essence (82).

Dans leur commentaire sous l'arrêt « Société des Autobus Antibois », MM. Long-Weil-Braibant écrivent : « L'arrêt Société des Autobus Antibois est le plus marquant d'une jurisprudence assez abondante qui, aux environs de 1930, a bouleversé certaines notions traditionnelles en matière d'utilisation du domaine public (v. aussi Delle Taillandier; Mironneau; Beaumont et Meley) et qui devait trouver son épanouissement dans les arrêts « Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale » (C.E., 5 mai 1944, R.D.P., 1944.236, concl. Chenot, note Jèze; Recueil Penant, 1947.1.101, note Waline) et Société le Béton (C.E., 19 octobre 1956, D. 1956.681, concl. Long). » Ces remarques sont caractéristiques, nous semble-t-il, de la liaison qui a été opérée tout naturellement entre les deux jurisprudences que nous venons d'examiner, mais qui n'ont cependant pas entre elles de véritable lien logique, et dont l'une n'a même pas directement trait à la domanialité publique. Il s'agit cependant là de l'interprétation habituelle de la jurisprudence « Autobus Antibois » ce qui ne lui ôte pas de son poids, mais au contraire, oblige plus encore à en tenir compte.

Certes, d'ailleurs, les liaisons entre les deux jurisprudences ne peuvent être sérieusement niées : la logique et la chronologie les imposent sans discussion. Mais il n'est pas certain qu'à l'origine elles aient été conçues comme formant un ensemble aussi homogène qu'on le dit maintenant. Pour ce qui est du problème des transports en commun, le Conseil d'Etat s'est trouvé devant une situation que l'on peut qualifier de dramatique et a dû admettre des interventions administratives sans texte spécifique, en attendant celui-ci : le raisonnement n'a jamais été fait ici en termes de gestion du domaine, mais en termes de crise et même de police. Il n'est cependant pas possible de nier l'influence que prendra la jurisprudence « Autobus Antibois » jointe à la série inaugurée par la jurisprudence « Taillandier » sur la future adoption de la théorie de la gestion (83), aboutissant à ce paradoxe que la théorie de la gestion du domaine est issue d'une jurisprudence qui ne concernait pas à proprement parler la domanialité publique.

L'évolution ne faisait cependant que commencer et devait se continuer de manière plus systématique dans la deuxième étape qui constituera la généralisation de la gestion du domaine public. Si à l'époque envisagée on commence à parler de gestion, on la considère cependant comme superposée à la police (cf. Watrin) ou comme liée (note

(82) Avec cette différence que le développement de l'interventionnisme, ainsi que la nouvelle répartition entre la loi et le règlement de la Constitution du 4 octobre 1958 ont permis l'établissement de certains régimes interventionnistes par simples décrets (cf. l'arrêt des Cies de pétrole Sté Shell Berre et autres, 19 juin 1964 (décret-loi), R.D.P. 1964.1019, concl. Mme Questiaux) alors que le texte de 1934 a valeur législative, et qu'on ne concevait pas qu'il pût en être autrement.

(83) MM. Long-Weil-Braibant, dont l'ouvrage est nécessairement schématique adoptent très nettement cette interprétation (cf. les commentaires sous « Sté des Autobus Antibois »).

Laroque sous « Demoiselle Taillandier » et « Autobus Antibois ») : à la fin de l'étape suivante la police aura disparu totalement, ce qui ne manquera pas d'entraîner des conséquences que l'on ne peut s'empêcher de trouver comiques, puisqu'il faudra trouver un biais pour réintroduire l'ordre public.

CHAPITRE II

Vers la généralisation de l'idée de gestion sur le domaine public.

Jusqu'ici nous avons essayé de retracer la progression qui devait mener à l'idée de la gestion du domaine et cela jusque vers 1940 environ. Si l'idée de gestion a très régulièrement progressé, on ne peut dire cependant qu'elle soit devenue dominante; en particulier, si la permission de voirie n'est plus tout à fait un acte de police, on hésite encore à y voir un pur acte de gestion. A cet égard, il faut signaler l'importance d'un décret du 19 juillet 1934 qui dispose que : « les autorités administratives chargées de la *gestion* du domaine public national ont délégation permanente des préfets pour autoriser les occupations temporaires et le stationnement sur les dépendances du domaine public dont elles assurent la garde, et pour effectuer tous actes d'administration de ce domaine » (1). On voit le sens très particulier de la « gestion » puisqu'elle vise la gestion technique des services tels que les Ponts et Chaussées auxquels on confie la charge de la délivrance des permissions de voirie, sur les portions du domaine public national : il n'est que trop simple, par la suite, d'assimiler cette activité nouvelle des services techniques à leurs activités anciennes, la permission de voirie — mais seulement sur le domaine public national — devenant ainsi un acte de gestion. Il n'en est rien : certes, il s'agit bien d'une délégation permanente qui s'impose aussi bien au préfet qu'à l'ingénieur, mais il s'agit bien d'une délégation d'un pouvoir de police qui ne pouvait précisément qu'être délégué; une instruction de la Direction générale des Domaines (20 novembre 1934, n° 182, par. 2) le reconnaissait, puisqu'elle expliquait ainsi la délégation permanente : « ce procédé détourné a été utilisé aux fins de ne pas porter atteintes aux divers principes du droit public suivant les-

(1) Disposition reprise par l'article R 53 du Code du domaine de l'Etat.

quels *le pouvoir de police,* sur le domaine public national appartient aux préfets ». Il n'est certainement pas possible d'être plus clair. Certes, l'évolution technique a fait que la délivrance des permissions de voirie pose essentiellement des questions techniques plus que des questions juridiques de police tout particulièrement, mais l'analyse juridique n'en varie pas pour autant, aussi bien d'ailleurs, cet argument n'a-t-il pas été utilisé par les auteurs ou par la jurisprudence : il fallait pourtant le rappeler, parce qu'il n'a pas été sans influence sur les progrès de l'idée de gestion.

Il convient, pour bien comprendre l'évolution qui va mener à la généralisation de l'idée de gestion sur le domaine public, d'étudier respectivement la jurisprudence et la doctrine. Il s'est, en effet, établi entre celle-ci et celle-là, un curieux mouvement qui donne l'impression qu'à chaque étape, l'une a entraîné l'autre, mais à chaque étape aussi, ce n'était pas la même que l'on trouvait en flèche (2).

C'est pourquoi nous étudierons dans la Section première l'évolution de la jurisprudence vers l'idée de gestion, et dans une Section deuxième la doctrine.

Section I

L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE VERS L'IDEE DE GESTION

§ 1. — Les dernières hésitations.

Par son laconisme et son hermétisme, un arrêt du Conseil d'Etat permet toujours maintes suppositions, parfois les plus contradictoires. Il en résulte que l'appréciation d'un arrêt varie suivant l'époque considérée. Tel arrêt aura pu paraître marquant à l'époque où il a été rendu, mais quelques décennies plus tard, on ne lui prêtera plus attention et on en « découvrira » quelque autre.

Cette constatation qui a souvent été faite semble particulièrement adéquate dans la matière qui nous occupe ici. Ainsi, si l'arrêt « Demoiselle Taillandier » avait paru à l'époque être de toute première importance, à l'heure actuelle, certains cherchent à mettre l'accent sur d'autres arrêts, qui traduiraient mieux encore le passage à l'idée de gestion. Ainsi, le commissaire du gouvernement Guldner, dans ses conclusions sous l'affaire « Société Nationale d'éditions cinématographiques », précitées, relève que l'évolution a été marquée par un arrêt « Société industrielle des schistes dérivés » du 5 novembre 1937 (3)

(2) Ce « mouvement » ne concerne pas seulement le problème de la gestion du domaine, mais aussi bien d'autres secteurs, en particulier tout ce qui touche à l'activité économique.

(3) Rec. p. 897 : on remarquera, non sans étonnement, qu'un arrêt de cette importance n'a pas été annoté. Il n'a été redécouvert que plus tard, M. Waline,

qui reconnaît que « en dehors du soin de veiller aux intérêts proprement dits du domaine dont elle a la garde », l'administration doit s'inspirer également « d'autres intérêts généraux dont elle a la garde ». L'arrêt ne paraît pas probant : le Conseil d'Etat semble simplement affirmer l'interdépendance de l'intérêt général, avant de redécouvrir l'unité de la notion d'intérêt général. L'arrêt est d'ailleurs rendu sur une hypothèse de refus, non de retrait (4). L'utilisation par M. Guldner de cet arrêt ne manque pas d'aboutir à un résultat étonnant, car si cet arrêt de 1937 réalisait véritablement ce passage à la gestion, il n'est plus possible, comme le fait M. Guldner d'utiliser l'arrêt « Taillandier » pour montrer que dans l'exercice des pouvoirs de gestion (aux fins de délivrance de permissions de voirie) l'administration peut incorporer des motifs tirés de l'ordre public, cet arrêt étant de 1932 (5) : M. Guldner admettant que la demoiselle Taillandier s'était vu retirer sa permission de voirie « parce qu'elle se disputait fréquemment avec la tenancière d'une boutique similaire ».

D'autres arrêts paraissent plus importants, nous nous y attarderons quelque peu.

a) L'arrêt « Cie générale des Eaux » du 30 octobre 1942 (6).

Cet arrêt doit être rapproché d'un autre arrêt dont il est très proche, tant par les circonstances de fait que par la rédaction : il s'agit de l'arrêt Montagne, précité (7). Il s'agit dans les deux cas de la réorganisation par regroupement des permissions de voirie, de l'utilisation d'une parcelle domaniale. En fait, malgré l'apparente audace de certaines formules, on se rend compte, à lire attentivement les arrêts, que la légalité des arrêtés résulte de considérations de police assez classiques : « considérant qu'il résulte de l'instruction que ces arrêtés ont eu pour but de permettre, *dans l'intérêt général,* une réorganisation complète du service de distribution d'eau; que si, parmi les motifs qui y sont insérés, figure la nécessité de relier tous les abonnés au réseau municipal pour amortir l'emprunt contracté par la commune pour le financement de ces travaux, cette circonstance, *alors que les autres motifs* justifient le retrait des permissions de voirie accordées à la Compagnie générale des Eaux, n'est pas de nature à entacher lesdits

dans sa note au Rec. Penant (1947.I.101) sous « Cie Maritime de l'Afrique Orientale », lui reconnaît une grande importance. A cet arrêt « marquant », M. Guldner ajoute l'arrêt « Cie Marit. de l'Afrique Orientale », précité et « Radio-Atlantique », du 6 février 1948, R.D.P. 1948.244, concl. Chenot.

(4) Le Conseil d'Etat commence d'ailleurs par rappeler que les particuliers n'ont aucun droit à l'obtention de permis d'occupation du domaine public et que l'administration a un large pouvoir d'appréciation pour accorder ou refuser ces permissions.

(5) L'autre arrêt cité dans le même sens par M. Guldner : « Belot », 15 mai 1936, D.P. 1937.3.1, note M. Waline concerne non une permission de voirie, mais un permis de stationnement, spécialement en matière de taxis, où la notion d'ordre public est plus extensive.

(6) D.C. 1943.63, note M.M.

(7) Cf. *supra,* p. 148, note 58.

arrêtés de détournement de pouvoir ». En fait, il n'y a ici qu'une utilisation maximale de la théorie des motifs surabondants : l'intérêt financier n'est nullement admis, bien au contraire. L'annotateur au Dalloz (M.M.) le souligne d'ailleurs fort justement tout en relevant que la nécessité d'intérêt général est « assez maladroitement analysée » : le but du retrait n'est pas, en effet, financier mais il est de service public, et plus encore il ressortit à ce qu'il y a de plus classique dans la police : la salubrité, puisqu'il s'est avéré que les fournitures de la Compagnie générale des Eaux étaient, spécialement en été, très insuffisantes (8).

Il ne semble pas que l'on puisse parler ici de véritable progrès dans le sens de la gestion. Peut-être une certaine tendance du Conseil d'Etat à considérer de manière assez souple le motif surabondant. L'annotateur qui signe M.M. au D.C. 1943 analyse cette évolution dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la notion de motif financier surabondant, notamment à partir d'un arrêt « Laraque » du 9 novembre 1932 (D.P., 1934.3.18, concl. Michel, note Duclos) : de même, M. Waline, dans sa note précitée au recueil Penant sous l'arrêt « Cie maritime de l'Afrique Orientale » accorde une grande importance à l'arrêt « Cie générale des Eaux ».

b) L'arrêt « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale » (9).

Ce très célèbre arrêt a une importance capitale dans le progrès vers l'idée de gestion. Dans les conclusions de M. Chenot la gestion apparaît d'ailleurs à plusieurs reprises, mais sous des formes assez curieuses. Ainsi, dans un premier temps, M. Chenot s'exprime ainsi : « le premier problème se pose sur le plan domanial. Il nous conduit à chercher les limites des pouvoirs dont dispose aujourd'hui l'administration quand elle utilise, pour *la gestion* du domaine public, le procédé de *la permission de voirie* ». Ce passage est, en effet, à notre sens, profondément révélateur de l'attitude intellectuelle qui conduira plus tard à assimiler complètement la permission de voirie à un acte de gestion. C'est qu'en effet, ce qui semble ressortir de ce passage, c'est qu'il y a d'une part, des permissions de voirie, d'autre part une gestion du domaine public. En fait, l'administration n'a, par rapport aux particuliers utilisateurs du domaine public, qu'un moyen juridique d'intervention : ce moyen est un moyen de police, c'est précisément la permission de voirie. Or l'utilisation judicieuse de ce moyen de police peut contribuer et même constituer une véritable gestion, c'est-à-dire qu'elle peut être effectuée selon un plan ou un but que se fixe l'administration. Cette manière d'entrevoir la gestion était celle-là même de L. Jansse lorsqu'il écrivait que : « ainsi de la police

(8) Cf. également les remarques sur cet arrêt ainsi que sur « Montagne » dans (André) Larivière : « Les concessions d'occupation temporaires du domaine public national », Thèse, Lille, 1954, pp. 82-83.

(9) Conseil d'Etat, Section, 5 mai 1944, Rec. p. 129, D. 1944.164, concl. Chenot, S. 1945.3.15, concl. Chenot, R.D.P. 1944.236, concl. Chenot, note Jèze, Rec. Penant, 1947.1.101, note Waline.

dérive un mode de gestion du domaine public, où la sauvegarde de l'ordre et de l'intérêt publics s'entrecroise avec l'administration patrimoniale de l'assiette du domaine » (10). C'est ainsi que l'on peut, nous semble-t-il, interpréter le passage des conclusions de M. Chenot.

M. Chenot analyse ensuite l'évolution du régime des permissions de voirie et en présente une magnifique synthèse, dont il convient de citer quelques extraits caractéristiques pour la théorie de la gestion du domaine : « La permission de voirie est à la base de l'intervention administrative dans l'exploitation d'un outillage maritime...

L'octroi et le retrait d'une permission de voirie étaient, dans un premier état de la jurisprudence, régis par une conception étroite des intérêts du domaine public.

Celui-ci apparaissait alors comme une sorte de zone réservée dont l'administration avait la garde. *Des exigences de police en dominaient la gestion.* Les conditions de l'autorisation de voirie, les causes de son retrait étaient limitées à la satisfaction de ces exigences : conservation du domaine, intérêt de la circulation, défense de la salubrité.

Au fur et à mesure que s'affirmait la vocation économique de l'Etat et que s'élargissait la notion de service public, votre jurisprudence a transformé cette théorie trop stricte. Dans vos plus récents arrêts, le domaine public n'est plus seulement un objet de la police administrative, c'est l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général, et c'est un bien dont l'administration doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation...

Ces arrêts (11) marquent de la façon la plus nette une conception nouvelle de la gestion du domaine public. »

Cette longue citation nous paraissait indispensable pour indiquer le plus objectivement possible le sens que l'éminent commissaire du gouvernement donne à la gestion par rapport à la police; à vrai dire, si l'on se réfère à ces conclusions avec nos critères modernes, on ne voit pas très clairement le départ que fait M. Chenot entre police et gestion. Il ressort pourtant que la police et la gestion ont, selon M. Chenot, toujours existé et été pratiqués, mais que c'est la gestion qui a évolué, non la police, puisque dans la théorie traditionnelle la police ne peut se dénaturer. Mais alors on comprend mal l'interprétation extensive de l'arrêt « Cie générale des Eaux » de 1942 que donne M. Chenot lorsqu'il indique que « le retrait des permissions ne peut plus être subordonné aux exigences de la police du domaine, mais que les considérations d'intérêt général que nous avons exposées suf-

(10) L. Jansse, *op. cit.*, p. 174, n° 281 : sur la pensée de Jansse, en ce qui concerne la gestion et la police, voy. *infra*, sect. 2.

(11) M. Chenot se refère à l'arrêt « Sté industrielle des schistes dérivés » de 1937 précité, ainsi qu'à un arrêt « Chambre syndicale des entrepreneurs, arrimeurs de chargements et de déchargements de navires », du 22 juin 1939, Rec. p. 429 qui précise que les opérations de manutention de marchandises dans les ports maritimes et fluviaux constituent un des éléments du service public à l'exécution duquel le domaine public du port est normalement destiné.

fisent à le justifier ». On peut aussi se demander ce que « la police du domaine » si controversée par ailleurs, recouvre exactement ?

La gestion classique résulterait-elle du jeu de l'ensemble des permissions concédées à un moment donné, alors que dans l'étape nouvelle, les permissions de voirie apparaissent comme étant liées, organisées, en vue du service d'intérêt général (le Conseil d'Etat ira plus loin et parlera de service public) (12) ?

Peut-on affirmer que la nature des permissions de voirie soit désormais transformée ? Nous ne le pensons pas. Les formules spécifiquement domaniales de l'arrêt sont très classiques : le gouverneur général est « chargé de l'administration du domaine »; quant à la formule reprise de l'arrêt de 1939 (« Chambre syndicale des entrepreneurs », précité) « que les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public à l'exécution duquel le domaine public maritime est normalement destiné », n'est-elle pas autre chose que la simple prise en considération de l'affectation du domaine public ? S'agissant ici de ports, les concessions d'outillages publics vont obligatoirement revêtir une forme particulière, elles doivent s'adapter au port et à son utilisation : si pour le domaine public routier l'ordre public est essentiellement constitué par tout ce qui concerne la circulation et, nous l'avons vu, les nécessités de la circulation par le biais de la viabilité s'étendent extrêmement loin dans le sens de la conservation. Par exemple, peut-on considérer ici que l'ordre public « portuaire » en quelque sorte exige que les permissions de voirie délivrées dans le but même d'assurer le fonctionnement du port (outillage) pourront se voir imposer des conditions particulières, contenues dans un cahier des charges — la seule explication qui justifie que l'existence d'un cahier des charges n'entraîne pas soumission à un régime contractuel — ces conditions étant celles de l'ordre public adapté au port. Il ne s'agit là, bien sûr, que de l'explication juridique domaniale qui permet de comprendre comment a pu naître ce régime juridique particulier que constituent les concessions d'outillages publics ou privés dans les ports. Il est vrai que les conditions dans lesquelles peuvent être entrepris les travaux dans les ports (qu'il s'agisse de travaux neufs ou de travaux d'entretien) ont été fixées par une loi du 8 avril 1941 que, d'autre part, le décret du 7 janvier 1959, modifiant l'article 21 du Code des ports maritimes prévoit que les travaux seront autorisés par décret en Conseil d'Etat ou par simple arrêté ministériel (du ministre des Travaux publics) selon que la somme à la charge de l'Etat dépasse ou non le milliard (cf. *Journal*

(12) M. Waline relève à ce propos une confusion entre le service public au sens formel et le service public au sens matériel (cf. la note de M. Blaevoet au D.P. 1942.1.125), confusion qui lui paraît très regrettable ; si l'on prenait le service public au sens classique, M. Waline n'hésite pas à dire qu'il s'agirait « d'une nationalisation opérée sans bruit par la jurisprudence », alors « qu'on avait toujours pensé jusqu'ici qu'il fallait une loi pour créer un service public d'Etat » (cf. aussi le traité de droit adm. de M. Waline, 9e éd., n° 1132, p. 673).

Officiel du 9 janvier 1959, p. 660). La procédure est la même pour les concessions d'outillage que pour les travaux : le Code des ports maritimes détermine avec assez de précision les modalités et les procédures à suivre.

Il faut d'ailleurs bien faire la distinction entre la concession d'outillage public et la concession d'outillage avec obligation de service public qui, en principe, n'est accordée que pour l'activité d'une entreprise : certes, on soumettra cette concession à des obligations de service public mais ce rôle est subsidiaire, ainsi que l'écrit M. Juret : « on peut donc dire que le permissionnaire supplée l'absence de matériel de l'Etat par son propre matériel. On peut cependant penser que cette obligation ne doit pas mettre en péril les propres activités du permissionnaire; celui-ci ne pourrait donc être mis en demeure de laisser les tiers utiliser son propre matériel que si cela ne lui cause pas de préjudice : pratiquement, il faut entendre par là qu'on ne peut exiger l'utilisation du matériel du permissionnaire que si certaines conditions sont réunies » (13).

On peut d'ailleurs tirer même conclusion que celle que nous avions déjà indiquée pour les transports : c'est que les textes législatifs ou réglementaires peuvent seuls organiser l'exploitation économique du domaine en dehors des principes de la domanialité publique même, les limites de la jurisprudence « Cie maritime de l'Afrique Orientale ».

On soulignera aussi dans cet arrêt ce qui concerne le problème du remorquage dans le port. Pour tout ce qui concerne le problème de la circulation dans la rade, le commissaire du gouvernement Chenot reprend la jurisprudence « Autobus Antibois » et « Beaumont », en marquant bien qu'il s'agit là d'une jurisprudence qui s'applique en l'absence de texte : « aucun texte n'a fixé les pouvoirs du gouverneur de Madagascar en ce qui concerne la réglementation du remorquage ou du transport des marchandises dans les ports maritimes. Nous ne pourrons préciser l'étendue de ces pouvoirs qu'en cherchant dans la jurisprudence précitée quel est le fondement d'une intervention administrative dans le domaine des transports ». Il s'agit bien, on le voit, malgré la place que l'ensemble des conclusions et de l'arrêt cherchent à donner à la notion de service public, d'une solution qui peut s'expliquer comme la jurisprudence des transports pendant l'entre-deux-guerres.

M. Waline est assez critique pour cette jurisprudence dans laquelle il voit avant tout un recul de la liberté économique qui aurait dû s'effectuer par voie législative. De même M. Waline reproche à cet arrêt de qualifier le remorquage de service public, alors qu'il s'agirait d'un « usage conforme du domaine public portuaire »; enfin, l'arrêt, selon M. Waline, aurait dû distinguer entre les concessions d'outillage public et les concessions d'outillage privé.

(13) P.-M. JURET : « Le domaine public maritime », Dalloz, 1964, p. 179, le problème des concessions d'outillage est examiné dans son ensemble, p. 168 sq.

Il est vrai, en effet, que l'on peut voir dans l'arrêt « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale » l'inauguration d'une jurisprudence qui « trouvera son épanouissement » (MM. Long-Weil-Braibant) dans l'arrêt « Société le Béton » et qui finira par prendre une forme quelque peu spécieuse qui consistera à admettre *d'abord* qu'il y a opération de service public parce que l'on se trouve sur le domaine public, *puis* à admettre qu'il y a domaine public parce qu'il y a service public.

c) *Les suites de l'arrêt « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale ».*

En premier lieu, il convient de relever un arrêt « Société auxiliaire de l'Entreprise » rendu le même jour que « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale » (5 mai 1944) sur les conclusions du commissaire du gouvernement Chenot (R.D.P., 1944.247 et la note de M. Jèze) ; le Conseil d'Etat y qualifie une décision modifiant l'affectation du « Port du Gros Caillou » comme étant prise par le ministre des Travaux publics « usant des pouvoirs généraux d'administration qui lui appartiennent sur les dépendances du domaine public fluvial ». Il ne s'agit pas d'une désaffectation, mais d'une modification de l'affectation, sans même d'ailleurs que la navigation ait à en souffrir. La formule est intéressante à retenir : quelques années plus tard le Conseil d'Etat aurait certainement parlé de gestion.

Une deuxième série d'arrêts date de 1948, il s'agit d'un arrêt « Compagnie carcassonnaise de transports » et d'un arrêt « Société Radio-Atlantique et Société Radio Club Landais » (14).

Dans l'arrêt Radio-Atlantique il s'agissait du retrait de l'autorisation d'émettre précédemment accordée à un club privé. Le commissaire du gouvernement Chenot essaya de faire admettre la domanialité publique des longueurs d'ondes ! Le Conseil d'Etat ne l'avait pas suivi. Par contre, dans l'affaire « Compagnie carcassonnaise de transports » il s'agit d'un classique problème de transports en commun. Les formules du commissaire du gouvernement sont intéressantes : « l'administration peut toujours, à l'occasion de la gestion du domaine public, et par le moyen des autorisations qu'elle accorde aux particuliers, transformer des entreprises privées en service public » (concl. sous « Radio-Atlantique »). Le Conseil d'Etat dans son arrêt aura une formule qui, nous semble-t-il, traduit une nouvelle manière d'envisager le problème des transports : « considérant que le ministre a (au contraire) la faculté de réduire ou de supprimer à tout moment les services dont il juge le fonctionnement coûteux pour l'économie nationale, en vue de leur substituer des services plus économiques » (arrêt « Compagnie carcassonnaise de transports ») ; il s'agit d'une véritable prise en compte du dirigisme économique qui est établi en matière de

(14) C.E. 6 février 1948, Rec. p. 65 et p. 69, R.D.P. 1948, p. 244, concl. Chenot, note de Gaston Jèze.

transports en commun, d'une *dédomanialisation* en quelque sorte (15). Seul le commissaire du gouvernement cherche à rattacher absolument ici la solution à la domanialité. Il faut néanmoins retenir la formule qu'il utilisait pour parler de la gestion, qui prend de plus en plus d'importance dans ses conclusions. Sur le fond ces arrêts n'apportent rien de nouveau.

On relève ensuite un certain nombre de décisions assez incertaines et floues sur le problème de la gestion, jusqu'à l'arrêt du 20 décembre 1957 qui consacrera définitivement l'adoption de la nouvelle théorie.

C'est d'abord un arrêt « Saurel » du 19 décembre 1952 qui sanctionne le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier pur, dans une hypothèse de retrait de permission de voirie (16).

Dans une hypothèse « Gallienne » du 19 mai 1954, le Conseil d'Etat qualifie expressément de « mesure de police » la suspension par le maire d'une concession d'emplacement dans un marché (17). La même année, dans une affaire « Jouet », le Conseil d'Etat saisi d'une requête contre un arrêté municipal interdisant les kiosques à journaux dans les rues de Vendôme, précise que : « le maire de Vendôme n'a pu légalement, en l'absence *d'un motif d'intérêt général* dont l'existence n'est pas justifiée en l'espèce, édicter comme il l'a fait par l'arrêté contesté, l'interdiction absolue d'installer des kiosques à journaux dans toutes les voies de la ville soumises à *son pouvoir de police* » (18).

Il faut aussi citer une affaire « Société nationale d'éditions cinématographiques » jugée par le Tribunal administratif de Lyon, d'autant plus intéressante qu'il s'agit d'une hypothèse voisine de celle rendue le 20 décembre 1957 sur la requête de la même société (19). Cette décision est très minutieusement motivée. Le maire de Saint-Etienne avait rappelé l'interdiction de l'exposition et de la vente de certains journaux pornographiques, interdiction figurant dans le cahier des charges du traité de concession, il ne s'agissait donc que du simple rappel d'une stipulation d'ordre contractuel. Le Tribunal administratif a censuré la mesure en des termes qu'il convient de citer dans leur intégralité : « considérant que, tant en raison des motifs que de ses bases juridiques, la décision attaquée, résultant de la circulaire du maire de Saint-Etienne du 29 décembre 1949 ne constitue pas un simple acte d'exécution des contrats de concession des kiosques à journaux de la ville, mais se détache desdits contrats et, par sa nature, peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir... le maire s'est fondé

(15) L'arrêt statue sur la base de la loi du 15 août 1940 sur la coordination rail-route.

(16) « Saurel », C.E. 19 décembre 1952, Rec. p. 593, R.D.P. 1953, p. 719, note de M. Waline.

(17) 19 mai 1954, « Gallienne », A.J. 1954.II.357, note J.S. On comparera utilement cette décision à la décision « Froment », du Tribunal administratif de Bordeaux, précitée.

(18) « Jouet », 12 novembre 1954, Rec. p. 589 : on pourra comparer cette décision à la décision « Sté Nat. d'Edit. Ciném. », du 20 décembre 1957.

(19) Trib. adm. de Lyon, 13 avril 1956, Rec. Lebon, p. 531.

sur les pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi municipale... considérant qu'une telle mesure, alors même qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux kiosques à journaux concédés, ne pouvait être édictée que dans les formes et sous les conditions prévues pour l'exercice des pouvoirs de police et qui ont été précisées par la jurisprudence; nonobstant l'existence au cahier des charges des concessions des kiosques de la ville, d'une disposition permettant à l'autorité concédante de rappeler aux concessionnaires l'interdiction générale qui leur est faite d'exposer et de vendre des publications obscènes ou licencieuses et des journaux dits policiers » (Annulation).

Il s'agit d'une décision extrêmement riche, qui intéresse autant le problème de la domanialité que celui de l'inaliénabilité des pouvoirs de police, ainsi que la théorie des actes détachables dont il fait à vrai dire une application assez osée. On remarque que le tribunal a préféré se placer sur le terrain de la police alors qu'il aurait pu prendre celui du contrat ou même la gestion. Nous reviendrons encore sur cette décision que nous considérons comme très importante et dont il est assez curieux sinon significatif qu'elle n'ait pas été révélée, sinon par sa publication au recueil Lebon.

d) La dernière série d'arrêts.

Il s'agit de trois arrêts de 1956 : un arrêt « Biberon » du 2 novembre 1956 et de deux arrêts d'Assemblée du 16 novembre 1956 « Société Desaveine » et « Société des grandes Tuileries Perrusson et Desfontaine » (20). On ne pourra, bien entendu, manquer d'être frappé par la proximité de date entre ces trois arrêts et l'arrêt « Société le Béton » du 19 octobre 1956. Dans ses conclusions sous l'affaire « Biberon », le commissaire du gouvernement Mosset utilise l'arrêt « Société le Béton ».

Ces arrêts sont importants, essentiellement dans notre optique, car ils constituent la dernière série d'arrêts avant le passage complet à la gestion, dans l'arrêt du 20 décembre 1957.

En particulier, on peut relever les conclusions brillantes du commissaire du gouvernement Mosset dans l'affaire « Biberon ». On notera tout spécialement que l'on aboutit à une combinaison des pouvoirs de police et des pouvoirs de gestion, mais il s'agit encore de la gestion conçue beaucoup plus comme réglementation et aménagement de l'utilisation du domaine, que dans le sens moderne. Il s'agit d'autre part, d'un domaine public très particulier, puisque dans l'espèce, le problème posé était celui de la légalité d'une interdiction d'habillage des cuirs à l'intérieur de l'abattoir, interdiction dont la légalité n'est pas discutable, car elle est basée sur des considérations d'hygiène incontestables : le problème réel provenait du fait qu'une société pri-

(20) « Biberon », 2 novembre 1956, Rec. p. 403, conclusions Mosset, « Société Desaveine » et « Société des grandes Tuileries Perrusson », 16 novembre 1956, Rec. p. 440, R.D.P. 1957.529, note Waline, Revue pratique de droit administratif, 1957, p. 1, conclusions Laurent.

vée avait, contrairement aux autres sociétés, ce droit particulier d'habiller ses peaux à l'intérieur de la halle. En fait, ce privilège était possible car la société disposait à l'intérieur de la halle d'un local particulier, il n'est pas question, en effet, de soustraire une société aux conditions tirées de la salubrité publique. L'aménagement de la halle ne permet pas, cependant, de multiplier à l'intérieur du bâtiment, les locaux spéciaux : d'où en réalité le véritable problème qui est un problème de rupture de l'égalité devant le droit à l'usage du domaine public. Le Conseil d'Etat ne rejette pas ce principe, au contraire, il le consacre, mais admet (on ne peut que l'approuver pour des raisons à la fois pratiques et théoriques) que dans la mesure où la possibilité spéciale, dont jouit la société privilégiée, est en réalité « un complément utile au service public » (21) il n'y a pas eu d'excès de pouvoir dans le fait d'accorder une autorisation exceptionnelle, que matériellement il n'est pas possible d'accorder à d'autres sociétés (22).

Il y a dans cet arrêt rendu en pleine époque de résurrection de la notion de service public (« Epoux Bertin », « Consorts Grimouard »; « Société le Béton »), une très nette insistance sur le service public beaucoup plus que sur le domaine public. La gestion, lorsqu'elle apparaît, est celle du service public non celle du domaine. Certes, on a voulu confondre domaine public et service public, mais il n'est peut-être pas exagéré de dire qu'il s'est agi là d'un feu de paille plus que d'autre chose. En l'espèce, la confusion a été favorisée par la superposition des deux régimes : domanialité et service public; celle-ci n'est pas nécessaire, l'idée de la voirie conçue comme service public des communications n'ayant guère eu de succès tant en doctrine qu'en jurisprudence. Faut-il voir dans ces éléments la raison, qui n'est peut-être que fortuite, pour laquelle l'arrêt « Biberon » se réfère à « l'intérêt public », non à « l'intérêt général » ? (23).

Dans les deux arrêts du 16 novembre 1956 (« Société Desaveine » et « Société des grandes Tuileries Perrusson ») la situation est plus claire. La gestion n'apparaît pas, sinon sous ce que l'on peut appeler sa forme atténuée : « considérant qu'il appartient à l'autorité admi-

(21) Cf. 26 juin 1931, « Chambre syndicale des loueurs propriétaires d'autocars », S. 1932.3.58 et 12 janvier 1934, même requérant, S. 1934.3.109 ; le problème était analogue en ce qui concernait les services de transports spéciaux de la Société des transports en commun de la région parisienne qui jouissait d'un statut privilégié : « il appartient à l'administration d'accorder des facilités particulières, notamment en ce qui concerne le stationnement sur la voie publique, à ceux qu'elle estime à raison de leur destination et des conditions de leur fonctionnement, constituer un complément utile du service concédé ».

(22) M. Mosset base, lui, son argumentation beaucoup plus sur la distinction des utilisations privatives ou non, conformes ou non.

(23) A vrai dire d'ailleurs on trouve la gestion du domaine dans les conclusions de M. Mosset, mais sous une forme qui paraît assez atténuée (volontairement peut-être ?) puisqu'il est question du jeu normal des pouvoirs appartenant à l'administration pour assurer d'une part l'hygiène publique, d'autre part la bonne gestion du domaine. Ailleurs il est question des exigences de la salubrité publique ou même simplement des impératifs d'une bonne utilisation du domaine, qui sont de nature à justifier les mesures attaquées.

nistrative de prendre toutes mesures de nature à assurer une meilleure utilisation du domaine public et... de refuser toute autorisation à celle de ces entreprises qui risqueraient, en faisant concurrence au service public, de compromettre la bonne gestion de celui-ci... que bien loin d'améliorer l'exploitation, l'autorisation d'une nouvelle entreprise aurait eu pour effet de rendre la gestion de la Compagnie générale de traction plus difficile et plus onéreuse et, par suite, d'entraîner une moins bonne exploitation du domaine public dont s'agit ». Il s'agissait, il faut le rappeler, des limites du monopole dont jouit la Compagnie générale de traction, émanation de l'Office national de la navigation, pour assurer la traction des péniches sur certaines voies navigables. Dans la deuxième espèce, le Conseil d'Etat admet que ce monopole ne peut aller jusqu'à interdire aux usagers du domaine public fluvial d'assurer eux-mêmes leur propre traction, mais qu'il n'y a qu'un organisme qui puisse offrir ses services au public. Le deuxième arrêt est, en effet, très explicite; « (s')il appartient au gouvernement en vertu du pouvoir général de réglementation dont il dispose tant pour la police de la voie navigable que pour la conservation et l'utilisation de celle-ci, de prendre toutes les mesures nécessaires pour une meilleure exploitation du domaine public et, notamment dans le cas où a été aménagé un service public de traction, d'interdire sur les chemins de halage toute circulation incompatible avec les modalités techniques particulières de gestion de ce service public, de réglementer, hors même cette hypothèse, la circulation des tracteurs sur les chemins de halage... de subordonner à une autorisation préalable l'exploitation de la traction par des entreprises qui risqueraient, en faisant concurrence au service public... mais qu'il ne saurait légalement, en prévoyant de manière générale et absolue l'obligation de faire appel au service public de traction, interdire, en dehors des cas où les conditions techniques l'exigent, à un utilisateur privé de la voie navigable, faisant de cette voie et de ses dépendances un usage normal et conforme à leur destination, d'assurer la traction des bateaux par ses propres moyens ». Certes, on comprend fort bien que la situation est ici la même qu'entre 1930 et 1934 celle des transports routiers en commun : le Conseil d'Etat était pratiquement parvenu par sa jurisprudence à supprimer toute concurrence utile aux services concédés, mais il n'était pas question d'interdire à un particulier, hormis des cas tout à fait spéciaux — dont il n'y a d'ailleurs pas d'exemple — (raisons techniques ou raisons de circulation) de se déplacer avec sa propre voiture (24). Mais comme pour cette jurisprudence, s'il s'agit de domanialité, c'est uniquement de police qu'il peut s'agir. Le Conseil d'Etat présente d'ailleurs l'exploitation du do-

(24) Le commissaire du gouvernement Laurent effectue lui-même cette comparaison dans ses conclusions sur les arrêts du 16 novembre 1956, en imaginant l'interdiction faite aux voitures particulières de circuler dans Paris, pour éviter la concurrence qu'ils pourraient faire à la R.A.T.P., mesure évidemment impensable : si ce n'est d'ici quelques décennies pour des raisons de police pure : encombrement, par exemple.

maine comme devant être organisée « en vertu du pouvoir général de réglementation... » (*supra*, p. 170). La gestion n'est pas nommée, sinon, encore une fois, lorsqu'il s'agit de celle du service public que constitue la Compagnie générale de traction, laquelle ne peut d'ailleurs être protégée par voie de police, qu'autant que cette protection apparaît comme nécessitée par des problèmes techniques ou de circulation.

Malgré les progrès légers que l'on ne peut s'empêcher de constater, en réalité toute cette jurisprudence paraît finalement très classique. Rien dans la formulation ne laisse présager un renversement total et un changement aussi complet que celui qui apparaîtra dans l'arrêt du 20 décembre 1957, d'autant plus que cet arrêt n'est finalement pas rendu sur une question de première importance.

§ 2. — L'adoption définitive de l'idée de gestion du domaine public. (L'arrêt « Société Nationale d'Editions Cinématographiques » du 20 décembre 1957.)

« Considérant qu'il appartient à l'autorité chargée *de la gestion* du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation »; (25)

« Considérant que si, dans l'exercice de ses *pouvoirs de gestion du domaine public maritime,* il appartient à l'administration d'accorder à titre temporaire et dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur des autorisations d'occupation privative dudit domaine, ces autorisations ne peuvent légalement intervenir que si, compte tenu des nécessités de l'intérêt général, elles se concilient avec les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y exercer, ainsi qu'avec l'obligation qu'a l'administration d'assurer la conservation de son domaine public. » (26).

Tout commentaire paraît superflu, le Conseil d'Etat, à trois reprises au moins suivi par le Tribunal administratif de Bordeaux, a, de la manière la plus nette et la moins contestable, affirmé l'autonomie juridique de la gestion du domaine public, conçue désormais comme

(25) C.E. « Sté Nationale d'Editions cinématographiques », 20 décembre 1957, Rec. p. 702, Sirey, 1958.73, conclusions Guldner ; J.C.P. 1959.II.10913, note Mimin ; on trouve, en ce qui concerne la gestion, les mêmes termes dans un jugement du tribunal administratif dc Bordeaux, « Froment », 17 octobre 1962, Dalloz, 1963. 575, note Cathelineau. Ce jugement va plus loin que l'arrêt en ce qu'il affirme expressément le droit de propriété de la commune sur son domaine public.

(26) Ministre des Travaux Publics c/ Commune de St-Brévin-les-Pins, C.E. 3 mai 1963, Rec. p. 63, R.D.P. 1963, p. 474, note Waline ; A.J. 1963.343, chronique générale de jurisprudence administrative de MM. Gentot et Fourre. Cf. également un arrêt « Rimoux », C.E. 12 juin 1963, Rec. p. 356, A.J. 1963.II.708 (n° 238) observ. J.M.

activité indépendante de la police, opposable aux usagers du domaine public au même titre que cette dernière. De manière plus précise, la permission de voirie dont le régime juridique était remis en cause depuis quelques décennies, sans que l'on sache exactement à quoi s'en tenir, est désormais présentée comme un acte de gestion du domaine public. Cette affirmation est surprenante, d'autant plus que le Conseil d'Etat n'a pas hésité à tirer les conséquences les plus extrêmes de cette nouvelle qualification : en particulier, désormais, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est inopposable, s'agissant d'un acte de gestion du domaine public. Lorsqu'on sait quelle importance présente le régime des permissions de voirie pour une très grande quantité de professions, on ne peut manquer d'être étonné du pas franchi, plus encore peut-on s'étonner de l'absence de réactions autour de ce pas. Certes, on aurait beau jeu de montrer qu'en réalité la liberté du commerce et de l'industrie se portait singulièrement mal depuis quelques années, que de toute manière, bien des professions exercées sur le domaine public ne sont plus bénéficiaires du décret d'Allarde. Cela est certain mais il y a entre l'adaptation progressive de certaines professions, de certaines dépendances domaniales précises (les ports par exemple) aux conditions de l'économie moderne, et l'abandon d'un principe que la jurisprudence avait elle-même érigé en principe général du droit — dont elle a fixé la valeur législative — par de simples revirements jurisprudentiels, un phénomène à tout le moins curieux et inexplicable. Ce pas a d'ailleurs été franchi, si l'on peut dire, sur la pointe des pieds. Il faut relire les conclusions du commissaire du gouvernement Guldner pour bien comprendre comment cela a été possible, pour bien comprendre aussi qu'en grande partie le Conseil d'Etat a été dépassé par la portée de son arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » qui, faut-il le rappeler, présentait au moins deux particularités qui doivent retenir l'attention : il s'agit d'abord d'un arrêt de *droit parisien* — on sait quelles subtilités président à la répartition des fonctions entre les deux préfets — il s'agit ensuite d'un arrêt qui intervient en une matière qui relève au plus haut degré non de la gestion, mais de la police (27).

Avant d'examiner les conclusions du commissaire du gouvernement qui ont été déterminantes, il convient de rappeler rapidement les faits dans cette affaire « Société nationale d'éditions cinématographiques ».

La Société nationale d'éditions cinématographiques publie un certain nombre de revues agrémentées de nombreuses photos de nus. L'une des revues publiées par cette société figure sur la liste des publications dont l'exposition ainsi que l'offre sur la voie publique ont été interdites par arrêté du Préfet de Police en date du 3 mai 1948, pris en application du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, et en exécution d'une circulaire du ministre de l'Intérieur du 8 avril 1948 invitant les préfets à prescrire par voie

(27) Abstraction faite des discussions sur l'intégration de la moralité à la police.

d'arrêté général des restrictions à la publicité faite sur la voie publique aux revues dites policières et licencieuses.

D'autre part, des arrêtés du Préfet de la Seine en date du 30 décembre 1941 et du 31 mars 1945, réglementant la tenue des kiosques à fleurs et à journaux de la ville de Paris, contenaient des dispositions interdisant aussi bien l'exposition que la vente des publications considérées comme licencieuses par l'administration. En fait cependant, en 1949 il avait été décidé de limiter cette interdiction à l'exposition afin, selon M. Guldner, d'harmoniser le règlement de police et celui concernant la tenue des kiosques.

En 1950 cependant, l'administration décide de revenir à l'interdiction de vente des publications considérées. C'est cette décision, communiquée par lettre au Président de la Fédération générale des marchands de journaux et au secrétaire général du Syndicat national des diffuseurs de la presse les informant que l'administration préfectorale veillerait désormais à la stricte application du règlement concernant la tenue des kiosques sur la voie publique que la Société nationale d'éditions cinématographiques, directement lésée, défère à la censure du Conseil d'Etat (28).

a) Analyse des conclusions du commissaire du gouvernement Erwin Guldner.

Il faut d'abord écarter les problèmes de procédure : la lettre en question constitue-t-elle une décision faisant grief, car après tout elle n'est que le simple rappel de dispositions réglementant la tenue des kiosques ? En fait, on peut l'admettre explique M. Guldner, car il résulte d'une réunion de la commission professionnelle que l'interdiction serait limitée à l'exposition des revues et ne s'étendrait pas à leur vente. Cette décision avait été prise d'accord avec la Préfecture de police et la Préfecture de la Seine. La lettre en question remet donc en vigueur l'interdiction de vendre qui n'avait plus été appliquée pendant longtemps. De plus, indique l'éminent commissaire du gouvernement, la lettre indique nommément les revues interdites à la vente alors que l'ancienne réglementation se bornait à poser un principe sans viser particulièrement telle ou telle revue. La lettre en question constitue bien une décision faisant grief d'une part, aux marchands de journaux, d'autre part, plus encore aux éditeurs des revues dont la vente aux kiosques est désormais interdite, ce qui est bien le cas de la société requérante.

L'argumentation du commissaire du gouvernement se déroule ensuite sur plusieurs plans qu'il faut examiner.

(28) S'interrogeant sur la compétence du Conseil d'Etat, en premier ressort, le commissaire du gouvernement Guldner admet que l'affaire se trouvait en état au 1er janvier 1954 : il ne s'agissait pas d'une affaire de la compétence des Conseils de Préfecture avant l'entrée en vigueur de la réforme du Contentieux. On remarquera que le dossier a été « égaré » au Ministère de l'Information !

Il s'agit d'abord de déterminer la nature juridique de l'acte autorisant la tenue de ces kiosques. Il faut rappeler que ces kiosques sont la propriété de la ville de Paris qui en attribue la gérance à des particuliers. En vertu d'une jurisprudence assez récente ces kiosques, qui sont incorporés assez profondément au sol de la voie publique, font partie eux-mêmes du domaine public : il en résulte la compétence de l'autorité chargée de la gestion, non de celle chargée de la police. Ce faisant, d'ailleurs, M. Guldner reconnaît, implicitement tout au moins, que les permissions de voirie et les permissions de police sont non seulement délivrées par des autorités différentes, mais sont soumises à des régimes juridiques différents, ce qui ne paraît pas tout à fait exact car la jurisprudence, depuis une trentaine d'années, a tendu à rapprocher le régime juridique de ces deux catégories d'occupations du domaine public : faut-il rappeler que dans le schéma *traditionnel* de l'évolution de la « gestion » du domaine public, les arrêts « Autobus Antibois » et « Taillandier » qui occupent une place semblable, sont rendus, le premier sur simple autorisation de police, le second sur permission de voirie ?

Mais, en réalité, après avoir esquissé ces principes sans les approfondir, M. Guldner explique : « Quoiqu'il en soit, d'ailleurs, la compétence du Préfet de la Seine pour réglementer la tenue des kiosques à journaux et à fleurs de la ville de Paris et pour délivrer les autorisations de gérance, n'est pas douteuse car elle résulte de textes formels. » (29).

Cela nous ramène aux justes dimensions de cet arrêt qui est très spécifiquement un arrêt de droit parisien.

La démarche suivante devient, nous semble-t-il, plus contestable. En effet, à l'argumentation de la requête qui avance la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que la liberté de la presse et qui essaie de montrer que les pouvoirs de police ne sauraient, en l'absence de textes, prendre des mesures telles que l'interdiction à la vente, M. Guldner oppose — ce qui constituera l'originalité de l'arrêt — la théorie de la gestion en établissant qu'une permission de voirie ne constitue pas une mesure de police, mais une mesure de gestion du domaine public, dont le régime ne connaît pas la liberté du commerce et de l'industrie et celle de la presse et de l'information. Comment ce pas est-il franchi ?

M. Guldner écrit d'abord que « Certes, il n'y a pas encore si longtemps, de bons auteurs ont pu considérer l'octroi ou le retrait d'une autorisation d'occupation privative du domaine comme un acte de police. » Puis il essaie de montrer que la « confusion » était favorisée par le fait que le maire est à la fois autorité de police et « adminis-

(29) Il s'agit de l'article 1er du décret du 10 octobre 1859 (cf. Duvergier de Hauranne, tome 59, p. 343) qui attribue au Préfet de la Seine toutes compétences en matière d'occupation privative du domaine public de la ville de Paris, même en matière de petite voirie (sens technique).

trateur » du domaine de la commune (30). Depuis cependant, l'aspect économique et patrimonial du domaine public « a été dégagé par la jurisprudence ». La jurisprudence, selon M. Guldner, ainsi d'ailleurs que la presque totalité des auteurs admettraient que les collectivités publiques ont un droit de propriété sur leur domaine public et « que celui-ci constitue une richesse dont elles peuvent et doivent assurer la meilleure utilisation, et qu'elles sont en droit de tirer toutes les conséquences de leur droit de propriété dans la mesure où l'affectation au service public n'en est pas gênée » (31).

Il en résulte que la permission de voirie n'est plus considérée comme un acte de police, mais comme un acte de gestion. M. Guldner en donne d'ailleurs une raison assez curieuse : le critère de l'acte de police est, en effet, explique M. Guldner, la sanction pénale, le « règlement » d'une occupation privative ne comprendrait que des sanctions administratives à caractère patrimonial, sans caractère pénal. Or il faut remarquer ici que d'une part, cette raison invoquée n'est pas neuve — il en allait déjà ainsi au XIX^{e} siècle — mais que, surtout, d'autre part, M. Guldner passe sous silence qu'il existe un régime répressif à caractère pénal qui résulte de ce qu'une occupation non autorisée de la voie publique est assimilée à une contravention de voirie et réprimée comme telle. De plus, le régime pénal de la voirie joue même à l'intérieur du régime de la permission de voirie, puisque le permissionnaire n'est jamais soustrait au régime répressif de la voirie. Au surplus ce serait un argument sans valeur que de considérer le retrait sanction d'une permission de voirie comme une sanction administrative, ce retrait n'est, en effet, lui-même une sanction administrative que si l'on considère *a priori* l'octroi de la permission comme une mesure de gestion, non comme une mesure de police administrative.

Il semble bien que dans le raisonnement du commissaire du gouvernement il se soit établi comme une interpénétration entre le droit parisien — la compétence du Préfet de la Seine est déterminée par un texte — et le régime général des permissions de voirie : en d'autres termes, retournant la formule de M. Guldner, on pourrait affirmer que ce qui favorise ici la confusion, c'est que, à Paris, il y ait une distinction de compétences qui est purement artificielle, dans la mesure où elle ne réside pas dans les principes de la domanialité, mais dans des textes, et au demeurant dans des textes qui datent d'une époque qui ignore totalement la distinction domaniale moderne des actes de police et des actes de gestion.

Enfin, il fallait réintroduire les considérations tirées de l'ordre public, qui semblaient une prérogative de la police administrative : comme nous l'avions indiqué, M. Guldner s'appuie notamment sur

(30) Il est significatif qu'ici M. Guldner retrouve la terminologie la plus classique « administrateur » et non « gestion ».

(31) On s'étonnera peut-être de ne trouver en faveur de cette affirmation, selon laquelle la jurisprudence aurait admis la propriété du domaine public, aucune référence jurisprudentielle.

l'arrêt « Taillandier » admettant que la cause du retrait résidait dans les disputes trop fréquentes de la demoiselle Taillandier avec sa voisine. Nous avions relevé la contradiction qui en résultait, puisque l'arrêt significatif de l'évolution (32) était l'arrêt « Société industrielle des schistes dérivés », dans lequel le Conseil d'Etat aurait admis l'élargissement des motifs (par le passage de l'intérêt de la conservation du domaine ou de la circulation à l'intérêt général) — en 1937 : — il faut donc admettre que dans l'arrêt « Taillandier » le motif d'ordre public n'a rien d'exceptionnel, puisque lorsque l'arrêt est rendu le Conseil d'Etat considère encore la permission de voirie comme un acte de police, où les motifs d'ordre public n'ont rien que de très normal.

Il est certain que ce sont ces conclusions du commissaire du gouvernement Guldner qui marquent le passage définitif du régime de la permission de voirie conçue comme acte de police à la permission acte de gestion, ce qui revient finalement à considérer les pouvoirs de gestion comme constituant une catégorie juridique autonome, quoique reposant sur des bases fragiles, et bien que cela aboutisse à des résultats curieux dans la mesure où il faut réintroduire l'ordre public dans la gestion et, spécialement dans l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » accroître les pouvoirs tenant à la protection de l'ordre public dans le cadre de la gestion par rapport à ce qu'ils sont dans le cadre de la police.

b) Portée et signification de l'arrêt du 20 décembre 1957.

En fait, on peut affirmer que les conclusions de M. Guldner ne font que tirer, de manière fort brillante, les enseignements les plus conformes à l'orientation qu'avait prise la jurisprudence depuis une vingtaine d'années, sans oser cependant aller jusqu'à franchir ce dernier pas, qui, bien qu'il nous semble juridiquement mal fondé, correspond certainement le mieux à cette orientation prise depuis les années 1930, et plus encore, à l'interprétation qu'on a généralement donnée de cette orientation jurisprudentielle. Cette manière de voir explique seule pourquoi, alors que l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » représente une étape absolument capitale dans la conception de la domanialité publique, il n'ait guère provoqué de discussions doctrinales ou de commentaires. Seul le recueil Sirey le publie avec les conclusions du commissaire du gouvernement, il paraît au Dalloz en sommaire (33), enfin au J.C.P. la note de M. Mimin que nous avons signalée s'attache essentiellement à l'étude de la protection de la moralité publique; pourtant, on relèvera cette formule curieuse de M. Mimin qui écrit que « Pour un acte de ges-

(32) Utilisant l'arrêt Taillandier pour établir l'admission de l'ordre public dans la permission de voirie, le commissaire du gouvernement ne peut plus, évidemment, l'utiliser pour montrer l'élargissement à l'intérêt général et de là à la gestion.

(33) D. 1958, Somm. 45 et R.P.D.A. 1958.22, R.D.P. 1958.347 (sans le moindre commentaire).

tion du domaine, les choses se passent comme elles se passent pour un contrat de droit privé où le propriétaire a le droit de dicter au locataire des clauses d'intérêt général et même de moralité avec la sanction de la résolution du contrat. » (34). Cette remarque de M. Mimin traduit bien les erreurs d'interprétation auxquelles peuvent conduire certaines formules utilisées sans discernement ou sans prise en considération de leur particularité en droit public. Ainsi, ici, M. Mimin n'a certainement pas manqué d'être frappé de l'utilisation de la notion d'acte de gestion et, dans les conclusions de M. Guldner, de celle de la propriété du domaine public — alors même, il faut bien le souligner, que le Conseil d'Etat ne suit pas son commissaire du gouvernement sur ce point (35) — d'autant plus que M. Guldner ne précise pas les restrictions habituelles à cette propriété, sinon le respect de l'affectation, en termes assez vagues.

En fait, si la doctrine n'a pas relevé cet arrêt, c'est, peut-on dire, qu'il consacrait un principe que l'on croyait admis depuis bien longtemps; la doctrine n'a rien cru voir de nouveau dans cet arrêt, le passage à la gestion a donc pu s'effectuer dans des conditions quasi-clandestines.

On peut se demander si cette jurisprudence est bien établie et parfaite. Nous ne le pensons pas, les études récentes sur la distinction entre l'acte de police et l'acte de gestion (36) montrent bien que cette jurisprudence a besoin de se développer. Il est à craindre qu'elle ne mène à constater certaines impasses qui apparaissaient dès le premier arrêt lui-même, en ce qui concerne l'intégration de considérations tirées de l'ordre public. Certes, en général, de ce point de vue, il n'y aura pas de problèmes, car le maire cumule les deux fonctions, mais il y a bien des dépendances du domaine public national et départemental qui voient un partage de compétences : les traverses, le domaine public militaire dans certains cas, le domaine public maritime (rivages de la mer). Si l'on imagine que désormais les deux régimes sont complètement distincts, on ne peut manquer de s'attendre à voir surgir des problèmes de concurrence, notamment en ce qui concerne l'application de certains principes qui sont écartés dans le cadre de la gestion mais qui sont opposables dans le cadre de la police et dont la liberté du commerce et de l'industrie n'est finalement qu'un exemple, on peut y ajouter les problèmes concernant l'ordre public lui-même.

(34) J.C.P. 1959.II.10913.

(35) Le tribunal administratif de Bordeaux dans « Froment » ira plus loin et admettra formellement cette propriété.

(36) Cf. en particulier la note de M. Cathelineau sous « Froment » précité ; on trouvera également des passages sur les difficultés de la distinction et du choix d'un critère dans la thèse de M. MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 135 sq ; cf. également l'article de M. Kovar précité (J.C.P. 1964.I.1841) notamment § 9 et note 13. De même, cf. Watrin, art. cité *in* R.D.P. 1936 et quelques remarques de MM. Liet-Veaux et Durand *in* Jurisclasseurs administratifs, Théorie générale des polices administratives, fasc. 200 sq.

Ainsi, dans l'arrêt du 20 décembre 1957, il faut bien remarquer que si la mesure interdisant la vente des revues considérées comme licencieuses avait été prise dans le cadre des pouvoirs de police, elle n'aurait certainement pas manqué d'être annulée. Il existe pour l'interdiction des revues pornographiques des procédures particulières : l'interdiction par voie de police — hors le cas de troubles — constituerait donc un véritable excès de pouvoir tout à fait caractérisé. Certes, il est trop facile de considérer que, à Paris, puisque c'est le Préfet de police qui exerce les pouvoirs de police et dans la mesure où la décision attaquée a été prise par le Préfet de la Seine — généralement présenté comme administrateur — cette décision est plutôt une décision de gestion que de police. Cet argument ne nous semble pas pertinent, il ressemble à celui qui consisterait à dire que les permissions de voirie sur le domaine public départemental (ainsi que sur les routes nationales) sont des actes de gestion parce que le décret-loi du 19 juillet 1934 a opéré une délégation permanente aux profits des « autorités chargées de la gestion du domaine public » (37), alors même qu'une instruction vient préciser que la délégation qui est pratiquement définitive n'a cette appellation que parce qu'il faut remarquer l'unité du pouvoir et du titulaire du pouvoir de police. Au surplus, il ne paraît pas possible de fonder la gestion sur des textes particuliers, c'est dans des textes généraux qu'il faut la chercher ou, à défaut dans les principes généraux de la domanialité publique, combinés avec la police.

Comme la propriété du domaine public, la gestion du domaine permet d'accomplir de véritables miracles : elle permet d'écarter la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que la liberté de la presse : on peut se demander véritablement quel détournement de pouvoir pourrait encore se greffer sur de tels pouvoirs. Mais on n'aurait pas imaginé que la gestion permît d'aller plus loin encore, et d'augmenter les pouvoirs en vue de l'ordre public eux-mêmes ! On peut se demander si la solution de l'arrêt Ruasse serait encore valable aujourd'hui : dans cette affaire le Conseil d'Etat avait annulé un retrait de permission de voirie accordée pour la gérance d'un kiosque, retrait opéré au prétexte que l'intéressé ne vendait plus qu'un seul journal (38). Dans le cadre des pouvoirs définis par la nouvelle jurisprudence on conçoit fort bien la légalité d'une telle mesure.

On comparera utilement l'arrêt du 20 décembre 1957 à un arrêt rendu quelques jours plus tard : « Société Les Editions du Fleuve Noir » (39), qui montre que le Conseil d'Etat semble avoir été conscient du caractère dangereux de sa décision « Société nationale d'édi-

(37) Le fait d'attribuer une compétence nouvelle au titulaire du pouvoir de gestion, ne transforme pas *ipso facto* cette compétence en gestion : au contraire, la distinction n'en ressort que mieux.

(38) Ruasse, 10 mars 1933, D.H. 1933.240 et D.P. 1934.3.18, note P. Duclos (4e espèce).

(39) 3 janvier 1958, D. 1958.J.570, note Bernard Rouyer-Hameray.

tions cinématographiques », en particulier de l'extension possible du contrôle de moralité par la voie de la gestion. M. Bernard Rouyer-Hameray souligne dans son commentaire sous l'arrêt du 3 janvier 1958 que cet arrêt est « de nature à calmer les craintes qu'avait pu faire naître l'arrêt Société nationale d'éditions cinématographiques qui « considérant qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation, avait validé l'interdiction, par le Préfet de la Seine, de certaines publications et dont il était permis de se demander au vu des termes mêmes de la décision, s'il n'avait pas été inspiré par des considérations d'opportunité plus que par la notion de domanialité. Il semble maintenant qu'il n'en ait rien été puisque, dans une espèce qui permettait d'introduire ces mêmes considérations d'opportunité (la différence entre l'absence de moralité et le caractère licencieux étant toute relative), le Conseil d'Etat s'est refusé à cette introduction » (40).

On en retiendra certes qu'au point de vue de la protection de l'ordre public, plus particulièrement de la moralité publique — alors très discutée — le Conseil d'Etat n'a pas voulu aller trop loin : *a contrario*, la décision du 20 décembre 1957 n'en prend que plus d'ampleur car on imagine que sur la base des pouvoirs de gestion le Conseil d'Etat va autoriser l'administration à aller très loin, aussi bien dans le domaine de la protection de l'ordre public que dans la mise à l'écart de la liberté du commerce et de l'industrie.

Il faut noter également la manière assez étonnante dont s'opère la réintroduction de l'ordre public, englobée dans l'intérêt général. Cela est, en effet, curieux si l'on se remémore plus précisément l'évolution la plus récente. On était parti, en effet, de la permission de voirie considérée comme acte de police; les conditions sont alors des conditions de police pure, auxquelles on ajoute rapidement les intérêts de la protection du domaine, puis les intérêts du domaine de manière très générale. Dans la seconde phase, on redécouvre la notion d'intérêt général — dont nous avons pourtant montré qu'elle n'avait jamais été absente du domaine public et cela pour une raison qui est assez rare s'agissant du domaine public, puisque c'est la loi qui l'y intégrait — et cette notion d'intérêt général prend une place de plus en plus grande, au point que finalement la permission de voirie, ancien acte de police, devient acte de gestion — ce qui montre d'ailleurs fort bien que la gestion du domaine ne saurait de toute manière qu'être très particulière puisque, exercée en vue de l'intérêt général — mais que l'on va se trouver devant la nécessité de réintroduire ce qu'il y avait de plus originaire, c'est-à-dire les interventions basées sur des considérations de police et d'ordre public. Mais cette réintroduction se fera

(40) Il s'agissait en l'espèce de l'interdiction par le Ministre d'un livre pour cause « d'absence de moralité et de vulgarité du style », le fondement de l'intervention du Ministre étant basé sur le caractère licencieux.

elle-même de manière curieuse. En effet, le Conseil d'Etat ne revient pas à l'ordre public, mais semble considérer qu'il s'agit d'une catégorie qui s'intègre dans la catégorie plus vaste de l'intérêt général, ce qui présente l'avantage de pouvoir mieux écarter le jeu normal du système de la contrepartie de l'intervention basée sur l'ordre public, à savoir les principes généraux du droit ainsi que surtout les libertés publiques : M. Vedel parle ainsi de « la nécessaire conciliation, classique en matière de police, des intérêts de l'ordre public, notamment le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie, et la liberté d'affichage, annexe de la liberté de la presse » (41).

L'introduction de la gestion comme théorie juridique autonome n'est donc pas sans poser de nombreux problèmes que nous examinerons dans notre troisième partie lorsque nous essaierons de la confronter avec le pouvoir de police pour établir l'unité et la prédominance de celui-ci sur le domaine public. Mais, dès à présent, nous pouvons dire que l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » ne nous paraît pas fondé et que pour le moins il ne saurait servir de modèle, car il présente deux particularités : d'une part il est spécifique au problème de la répartition des compétences entre le Préfet de la Seine et le Préfet de police, d'autre part, il touche à un problème délicat et controversé — en dehors même de la domanialité — celui de l'interdiction des publications licencieuses.

Il convient de relever que parmi les trois autres décisions qui reprennent l'idée développée dans l'arrêt du 20 décembre 1957, on trouve une autre décision qui a trait à la répartition des compétences entre le Préfet de police et le Préfet de la Seine. Il s'agit de l'arrêt « Rimoux et autres » du 12 juin 1963 (42) : il convenait de déterminer si le Préfet de la Seine était compétent pour interdire la circulation des autocars et autobus servant au transport en commun, dans les bois de Boulogne et de Vincennes, ainsi d'ailleurs que d'accorder des dérogations à cette prohibition. Selon l'annotateur qui signe J.M., la question revenait à savoir quelle qualification il convenait de donner à l'arrêté d'interdiction. Il s'agissait de choisir entre l'acte de police et l'acte de gestion : mais il faut préciser qu'il s'agit bien de déterminer laquelle des deux catégories est visée, mais *uniquement en fonction du droit parisien*. L'utilisation du critère finaliste plutôt que du critère matériel que l'annotateur relève et signale dans l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » aurait permis de trancher en faveur de la compétence du Préfet de la Seine dans les deux cas. On relèvera que les deux préfets ne semblent, eux-mêmes, pas trop fixés sur leurs attributions respectives puisque l'affaire « Rimoux » évoque un arrêté interpréfectoral du 31 octobre 1930 pris suivant les « attributions respectives » : laissant aux tribunaux administratifs le soin de

(41) G. Vedel note sous Trib. Grande Instance de Strasbourg. Référé, 1er mars 1962, Sté Schuler et fils et Ville de Strasbourg c/ Sté Bendler et Klaiber et Affichages Giraudy, J.C.P. 1962.12643.

(42) 12 juin 1963, A.J. 1963.II.708, observ. J.M.

démêler l'écheveau de leurs compétences. Quoiqu'il en soit, il s'agit là encore d'une décision spécifique à la Ville de Paris et que l'on ne saurait extrapoler sans de multiples précautions. On peut d'ailleurs se demander si la distinction entre l'acte de gestion et l'acte de police présente un intérêt en dehors des cas où il y a dissociation entre deux autorités relativement au même domaine public.

D'autre part, dans l'affaire « Commune de Saint-Brévin-les-Pins » (43), le problème posé était, lui aussi, assez particulier puisqu'il s'agissait de l'éventuelle obligation de retirer, dans certains cas, les autorisations d'occupation accordées sur le domaine public maritime, le Conseil d'Etat a repris la qualification d'acte de gestion (sous la forme de l'exercice des pouvoirs de gestion). Il s'agit d'une hypothèse que l'on imagine plus aisément sur la voirie terrestre (44). D'autre part, cette jurisprudence est proche de celle en pleine évolution à l'heure actuelle de l'obligation d'intervenir de l'administration (45). Il s'agit là d'une matière qui ne se confond pas entièrement avec la police, mais qui en est très proche, au point que l'obligation d'intervenir de l'administration trouve ses plus belles illustrations en matière de police. On comprend, à vrai dire, assez mal comment une obligation de ce genre pourrait exister dans le cadre de simples pouvoirs patrimoniaux de gestion : cela n'a guère de sens dans cette hypothèse. Le commentaire que donnent de la décision « Commune de Saint-Brévin-les-Pins » MM. Gentot et Fourre (46) est très révélateur à cet égard, car pour l'essentiel ils posent le problème en termes de police quand la jurisprudence qu'ils citent (47) n'est pas une jurisprudence intervenue en matière de police.

On voit maintenant dans quelles conditions la jurisprudence a définitivement admis l'idée de la gestion du domaine public, mais aussi quelles limites cette idée présente encore, à l'heure actuelle, en jurisprudence : les cas dans lesquels les arrêts sont intervenus étant encore rares et limités, mais surtout très particuliers (48).

Il convient encore de voir quelle a été l'attitude générale de la doctrine avant de chercher à présenter une synthèse générale de la police du domaine public.

(43) 3 mai 1963, Rec. p. 474, R.D.P. 1963, note Waline, p. 1174.

(44) Il s'agissait essentiellement d'une faculté d'usage contrariée par des permissions (bouchots à moules gênant les baigneurs et promeneurs).

(45) A partir notamment des arrêts Doublet, 23 octobre 1959, Rec. p. 540, 14 décembre 1962, D. 63.117, concl. Combarnous.

(46) A.J. 1963.343.

(47) 2 juin 1933, « Protectorat de l'Annam », Rec. p. 611. 13 février 1942, « Ville de Dôle », Rec. p. 48. Dame Rapin, 29 avril 1963, A.J. 1963.II.559.

(48) En d'autres termes, nous pensons que la théorie de la gestion du domaine n'est pas encore assez installée et épanouie pour qu'il ne soit permis d'en faire une critique fondamentale.

Section II

LA DOCTRINE ET LA GENERALISATION DE L'IDEE DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC

L'évolution générale de la doctrine face à la transformation de la domanialité publique est assez curieuse à retracer et à observer.

Il semble que dans un premier temps elle ait eu l'impression d'assister à un bouleversement général qui dépassait d'ailleurs très généralement le cadre de la domanialité publique et touchait à l'ensemble du droit administratif. Les notions classiques de police, de domaine public, d'intérêt général, d'ordre public, de service public, de gestion enfin semblent ne plus avoir de signification précise et vouloir se rejoindre ou même fusionner complètement (49). Cette période traduit un véritable affollement qui a donné naissance à ce que M. Carbonnier nomme « le genre du transformisme juridique » (50) auquel il reproche avant tout de manquer de recul. Mais ce genre a fait fortune et les études sont nombreuses que l'on pourrait citer dans toutes les matières du droit administratif pour en témoigner.

En ce qui concerne la police et le domaine public, nous avons déjà indiqué quelle période florissante a constitué cet entre-deux-guerres. Curieusement le phénomène se dédouble : si effectivement la doctrine semblait céder à un certain enthousiasme devant les conceptions nouvelles, le Conseil d'Etat semblait plutôt jouer un rôle modérateur, ainsi d'ailleurs que l'ensemble des praticiens (51). Inversement, tout comme la magistrale étude de M. Eisenmann sur l'arrêt Monpeurt dans les Mélanges Mestre venait heureusement marquer certaines limites à cet engouement pour le « transformisme juridique », l'ensemble de la doctrine, après 1945, semble en quelque sorte reprendre son souffle et moins croire aux transformations; d'autre part, il est clair que bon nombre de phénomènes juridiques des années 1930 qui apparaissaient comme étant dus à un désordre (économique notamment), apparaissent maintenant comme relevant de l'ordre public lui-même, certains préférant parler d'ordre public économique. L'expression ayant été forgée par le doyen Ripert dès 1934 : ce phénomène donne à la doctrine un tour que l'on peut qualifier de moins tourmenté; ne serait-ce pas un peu comme si l'on était sorti d'un ancien droit pour rentrer dans un nouveau droit, la période agitée ayant été la période de *mutation* d'une part, d'*adaptation* d'autre part.

(49) Combien est significatif à cet égard le titre même de l'article de M. Watrin : « Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public » (R.D.P. 1936.147).

(50) Carbonnier : « Droit Civil », T. I, n° 15, p. 53, cf. également Farjat (Gérard) : « L'ordre public économique », Biblioth. de droit privé, T. XXXVII (1963), p. 61.

(51) Cf. les travaux cités de MM. Watrin, L. Jansse, J.-L. Martres.

Pendant ce deuxième temps, au contraire, c'est la jurisprudence qui paraît plus agitée et moins adaptée. C'est ainsi que la jurisprudence va mettre sur pied la théorie de la gestion du domaine public qui ne nous paraît pas tellement résulter d'un effort d'adaptation du Conseil d'Etat aux circonstances économiques, mais plutôt comme un moyen commode et détourné d'écarter la liberté du commerce et de l'industrie. Certes, on peut avoir l'impression que cet effort est utile. En réalité, cependant, nous pensons que l'on ne se rend pas encore suffisamment compte des conséquences qu'impliquent ces nouvelles manières de définir l'administration du domaine public : déjà certains ont pu souligner les dangers qui étaient apparus au lendemain de la jurisprudence « Société nationale d'éditions cinématographiques » (52). Il ne s'agit donc pas encore de l'effort réel d'adaptation au droit public économique que la doctrine commence à envisager de plus en plus sérieusement, mais d'un simple expédient. Aussi bien d'ailleurs, nous étudierons dans notre troisième partie, les problèmes économiques posés par le domaine public, spécialement dans le cadre de la police. La jurisprudence semble donc avoir su répondre magnifiquement à l'époque de crise (la jurisprudence des transports en commun inaugurée par « Autobus Antibois » restera comme un modèle d'adaptation) mais elle semble plus mal à l'aise dans la période de stabilisation de l'interventionnisme et du dirigisme économiques.

Ces considérations expliquent, nous semble-t-il, ce mouvement de balancier que l'on croit pouvoir observer en ce qui concerne la doctrine et la jurisprudence dans leur effort d'adaptation aux circonstances économiques. Il y a donc, également, une très nette coupure marquée par la fin de la guerre, c'est pourquoi nous étudierons la doctrine avant et après cette période.

§ 1. — Les premières réactions doctrinales (avant 1945)

Nous retrouverons, pour l'essentiel, les auteurs que nous avons déjà cités à propos de la police de la conservation du domaine public, mais les développements sont beaucoup moins fournis et, surtout, beaucoup moins systématiques.

a) L'acte de gestion chez M. de Laubadère.

Il est évident que, dans la mesure où M. de Laubadère était amené à donner l'ampleur que nous savons à la police de la conservation, celle-ci devait rejaillir sur le régime des permissions de voirie. En effet, comme dans la théorie classique, la délivrance de la permission de voirie est une prérogative attachée à la personne investie de la compétence de conservation, le problème étant de savoir quel est le fondement juridique de cette compétence : propriété ou police *stricto sensu*, raisons financières (perception des droits et charge de l'entretien). La

(52) Note B. Ronyer-Hameray sous « Les Editions Le Fleuve Noir », précitée.

permission de voirie est donc dans cette optique un acte de police de la conservation, pris en tant que propriétaire de la voirie; plus tard, dans le Traité, ainsi que nous l'avons indiqué, M. de Laubadère reconnaîtra le caractère essentiellement patrimonial de cette police, ce qui revient finalement à assimiler la gestion et la police de la conservation, tant d'abord par le contenu que par l'appellation elle-même.

La théorie de M. de Laubadère, il faut le rappeler, est avant tout liée aux modifications apportées au régime de l'usage des voies publiques par l'automobile, ainsi on peut lire que « l'automobile a provoqué des interventions que l'on ne peut plus expliquer que par la propriété. Cette idée une fois admise, doit être généralisée partout où elle permet d'expliquer d'une façon plus logique, l'intervention de l'Etat » (53). La démarche de la pensée est donc fort claire et l'on vérifie une fois de plus ce que nous avons appelé l'effet magique de l'idée de propriété administrative du domaine public : une forme de propriété qui par les effets qu'on lui fait produire, se rapproche singulièrement de la propriété privée quand, sur bien des points, elle ne dépasse pas les prérogatives du propriétaire, notamment dans les pouvoirs de police qu'elle est en mesure de mettre en œuvre.

Retraçant l'évolution du régime des permissions de voirie, en particulier celui du régime des transports en commun, M. de Laubadère montre d'abord que ce nouveau régime est un régime qui dérive de la domanialité publique plus que de l'idée de dirigisme économique. L'autorisation de voirie devient, selon la formule classique, « un mode d'organisation des services publics »; M. de Laubadère peut alors écrire que « de plus en plus l'autorisation de voirie n'est plus un acte de police mais un acte de propriété. Ce n'est plus un acte de police, mais un acte de gestion » (54). On voit donc que l'acte de gestion est pris ici dans un sens assez particulier; M. de Laubadère insiste bien sur le fait que l'idée de gestion elle-même dérive de la propriété, plus que du dirigisme (55), bien qu'il reconnaisse, *in fine*, que le décret-loi du 19 avril 1934 soit d'inspiration dirigiste et non fondé sur la domanialité. Il faut reconnaître d'ailleurs que les explications de M. de Laubadère sur la primauté de la propriété sur l'interventionnisme économique dans la jurisprudence des transports en commun sont, tout compte fait, assez embarrassées, mais M. de Laubadère montre bien qu'il y a autant de raisons de choisir l'explication domaniale que l'explication dirigiste, ce qui nous semble discutable dans la mesure où cette jurisprudence devait déboucher sur un décret dont il n'est pas possible de contester le caractère dirigiste plutôt que domanial (56).

(53) de Laubadère, Thèse, p. 170.
(54) P. 319.
(55) P. 307.
(56) Ce que M. de Laubadère ne conteste pas : le commissaire du gouvernement Andrieux, dans ses conclusions sur l'affaire « Beaumont » étant le seul à

Il y a bien chez M. de Laubadère, prise en compte de la gestion, mais comme pour l'ensemble de l'œuvre de M. de Laubadère uniquement en fonction de la propriété du domaine public. M. de Laubadère ne cherche d'ailleurs nullement à rapprocher la police de la gestion, bien au contraire, il insiste sur les différences irréductibles qui les séparent, en indiquant que « la police répugne à la gestion » (57). Cette prise en considération de la gestion est très différente finalement de celle qui apparaîtra dans la jurisprudence une vingtaine d'années plus tard, et dont on pourrait se demander si elle ne recouvre pas, exactement à l'opposé de la thèse fondamentale de M. de Laubadère, non une prise en considération de la propriété du domaine, mais tout au contraire, le dernier moyen mis sur pied par la jurisprudence pour ne pas avoir recours à l'idée de propriété du domaine public qui ne lui agrée finalement guère (58). Au demeurant, on pourrait indiquer à ce propos, que l'économie contemporaine, dans ses recherches les plus récentes, tend à vouloir séparer les compétences propriétaristes des compétences gestionnaires (59).

D'autres auteurs, dans la fièvre transformiste que nous avions signalée, vont beaucoup plus loin encore que M. de Laubadère et vont jusqu'à admettre le caractère d'acte de gestion du permis de stationnement. Ainsi Mademoiselle E. Lequien qui indique que le permis de stationnement n'est plus une autorisation de police, mais qui, de manière plus brutale encore, avance « la police devient de la gestion » (60). Il faut relever que traditionnellement la doctrine conserve la distinction fondamentale entre permission de voirie avec emprise sur la voie publique et le simple permis de stationnement, autorisation de police, ainsi que le relève le commissaire du gouvernement Guldner dans ses conclusions qui représentent pourtant le pas le plus complet franchi en direction de la gestion (61).

Pour M. Ottoz, la permission de stationnement devient « un instrument d'exploitation rationnelle du domaine public de voirie » (62).

b) La gestion chez M. Teitgen.

L'étude de M. Teitgen est avant tout consacrée à la police municipale, mais c'est aussi une étude de jurisprudence plus que de doc-

chercher une explication domaniale à ce décret du 19 avril 1934, ce qui lui permet de dresser un tableau harmonieux de la jurisprudence, notamment de l'arrêt « Ramel », dans la ligne générale.

(57) P. 194.

(58) Cf. les conclusions du commissaire du gouvernement Kahn sur « Mouset », C.E. 28 juin 1963, A.J. 1963, p. 688.

(59) Cf. notamment l'ouvrage de M. Bloch-Lainé : « Pour une réforme de l'entreprise », Seuil, 1964.

(60) E. Lequien, *op. cit.*, p. 111 et p. 120 sq.

(61) Seul dans la doctrine M. Trotabas (*op. cit.*) refuse de dissocier les deux catégories de permissions, cf. p. 97.

(62) J. Ottoz : « Le stationnement des véhicules sur la voie publique », Thèse, Paris, 1933, cf. p. 127.

trine. La gestion du domaine apparaît. M. Teitgen écrit : « Les autorisations administratives qui pourraient être accordées à certaines activités du point de vue de la gestion du domaine ou de l'intérêt d'un service public, ne font pas obstacle au droit du maire de les interdire s'il y a lieu du point de vue de la police » (63). Le sens donné à la gestion n'est pas très clair ici. En particulier, M. Teitgen renvoie à un arrêt « Doubliez » (64) et à un arrêt « Ville de Toulouse » (65). Dans la première espèce, il ne s'agit pas tant de gestion domaniale que de l'opposition entre les pouvoirs de gestion qui sont ceux du Conseil municipal et le pouvoir de police qui est celui du maire (le Conseil municipal avait autorisé l'utilisation pour un bal d'un local, le maire l'avait interdite pour des motifs de police). Dans la deuxième espèce, le préfet avait autorisé « en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent pour la police de la navigation et la conservation du domaine public » une Société de vidanges, à s'établir sur la berge d'un canal, le maire avait interdit, pour des motifs d'hygiène publique, l'installation — à l'endroit fixé par le préfet — des ouvrages nécessaires à l'embarquement des gadoues, et avait fixé un emplacement différent à la société. Peut-on parler de gestion du domaine public opposée à la police ? Rien ne semble moins justifié, ainsi que l'arrêt le rappelle lui-même dans un considérant, le préfet qui a la police des voies navigables a agi sur la base de ses pouvoirs, qui sont de véritables pouvoirs de police, le maire a agi en vertu de ses pouvoirs pour la salubrité dans la commune. On peut, nous semble-t-il, d'autant moins parler ici de concurrence de la gestion et de la police que l'arrêt est rendu à une époque où le Conseil d'Etat est encore loin d'admettre la nature d'acte de gestion de la permission de voirie, cela même après la jurisprudence qui avait opposé les gaziers et les électriciens, ainsi qu'en témoigne l'arrêt « Magnard » (66).

D'autre part, M. Teitgen, rangeait expressément la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public dans la catégorie « administration du domaine public » (67) catégorie qui comprend en outre « les opérations d'expropriation, d'affectation, de désaffectation, de classement, de délimitation, d'alignement » et qui sont accomplies par l'administration en vertu de son pouvoir domanial et non pas en vertu de son pouvoir de police ». Mais, précisément, ici M. Teitgen semble se référer à la gestion du Conseil municipal (68), opposée à la police du maire. Or M. Teitgen précise qu'en aucun cas on ne saurait assimiler ces diverses opérations à la police exercée en vertu de l'article 97 de la loi municipale et « cela même si l'on confond police du domaine

(63) Teitgen, *op. cit.*, p. 66.
(64) « Doubliez », 1912, p. 1023.
(65) « Ville de Toulouse », 11 avril 1913, 3e espèce, Rec. p. 389.
(66) « Magnard », 30 janvier 1914, Rec. p. 110.
(67) P. 88 sq.
(68) Il faut souligner cette confusion entre le sens ancien et nouveau que l'on peut donner à la gestion, confusion qui n'est pas pour peu dans le succès de la théorie de la gestion du domaine public.

public et police générale de l'ordre public » : l'intervention du maire pour les opérations qualifiées d'administration, serait effectuée en tant qu'exécuteur des décisions du Conseil municipal (69) : or si, en gros, cette analyse est juste, du moins pour l'ensemble des opérations décrites, elle ne l'est absolument pas pour les autorisations de voirie : le maire n'a pas à consulter le Conseil municipal pour la délivrance des autorisations de voirie, qu'elles comportent ou non emprise sur la voie publique. Le Conseil municipal n'intervient guère que pour la fixation des tarifs à appliquer aux autorisations de voirie et cette intervention de gestion ne constitue pas la décision sur laquelle le maire s'appuie pour délivrer les autorisations de voirie : le fondement juridique de cette intervention réside dans les articles 97 et suivants de la loi municipale. Le sens du mot « gestion » semble être ici en pleine transformation.

On peut relever, à ce propos, que Maroger, qui n'étudie pas spécifiquement le problème de la gestion du domaine public, relève simplement que la permission de voirie ne saurait être considérée comme un acte de gestion, car s'il en était ainsi, le Conseil municipal pourrait intervenir dans la délivrance des permissions de voirie, ce qui n'est absolument pas le cas (70). Dans le même sens, on peut citer la réponse faite par le ministre de l'Intérieur à une question écrite sur la délivrance des permissions de voirie, le ministre allant même jusqu'à indiquer : « les assemblées locales ne sont compétentes que pour les droits de voirie et n'ont pas à être consultées sur l'octroi des *permissions de voirie* qui constituent des *attributions de police du maire et du préfet* » (71) : si nous ne pouvons que souscrire à cette déclaration très nette, on ne peut manquer de relever la contradiction formelle qu'elle présente avec la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat. La confusion entre les deux sens de la gestion paraît très nette : elle ne sera jamais complètement écartée et persiste à l'heure actuelle plus que jamais.

Mais il faut souligner les limites qui sont, implicitement au moins, fixées par M. Teitgen à sa conception de la gestion, puisque, ainsi que nous l'avions déjà indiqué, pour M. Teitgen toute la jurisprudence rendue en matière de transports en commun, tout spécialement l'arrêt « Autobus Antibois » n'est pas marquante, elle n'est qu'une jurisprudence de circonstance, due à un état de crise temporaire : M. Teitgen va même jusqu'à intégrer cette jurisprudence à l'ordre public, la protection des finances communales pouvant, dans les circonstances de

(69) Ainsi, M. Teitgen écrit que le maire commet un détournement de pouvoir quand il utilise son pouvoir de police pour la *gestion* du domaine public, il n'intervient alors « qu'en qualité d'exécutant des décisions du Conseil Municipal », p. 88.

(70) Maroger, pp. 279-280.

(71) *Journal Officiel*, Débats Sénat (réponse à une question écrite) 7 septembre 1961, p. 1093. A relever aussi dans cette réponse la formule pour les permissions de voirie relevant du préfet qui « peuvent être accordées sur délégation, par le service gestionnaire de la voie... ».

l'époque, être assimilée à un but d'ordre public (72). Mais M. Teitgen va même plus loin encore indiquant, qu'après tout, il n'est pas nécessaire de faire appel à la gestion, mais que le plus souvent, la police suffit largement pour réglementer certaines activités sur le domaine public, les libertés publiques traditionnelles (liberté du commerce et de l'industrie) étant le plus souvent inopposables, notamment, pour des raisons de commodité, d'esthétique, ou tout autre raison d'ordre public (73). Il semble que M. Teitgen se soit rendu compte que l'adoption du point de vue de la gestion conduisait trop loin et notamment à écarter indûment les libertés publiques, résultat auquel, nous l'avons montré, on est très exactement parvenu quelque vingt années plus tard, et cela d'ailleurs beaucoup plus par une jurisprudence qui devenait de plus en plus prétorienne, que sous l'influence de la doctrine.

La gestion du domaine public apparaît bien chez M. Teitgen, mais en résumé on peut dire qu'elle apparaît plus comme appellation que comme théorie. Il s'agit d'ailleurs de la même nuance que l'on avait déjà pu souligner en ce qui concernait la notion de police de la conservation chez M. Teitgen (74).

c) *La gestion du domaine chez M. Watrin.*

Nous retrouverons les thèmes développés lors de l'étude de la police de la conservation (75).

Nous avions indiqué comment, pour M. Watrin, la patrimonialité de la conservation faisait qu'en réalité ce que l'on appelait la police de la conservation n'était somme toute que de la gestion. Il faut bien reconnaître cependant, que cette affirmation ne résoud guère la question fondamentale qui est de savoir dans quelles conditions, et sous quelles formes, la police de la conservation pouvait finalement s'exercer. En particulier, il restait à savoir dans quelle mesure la police pouvait intervenir — sous sanction pénale — en vue de la conservation du domaine public. D'autre part, à supposer même que la police de la conservation soit assimilée à la gestion, il en résulterait que la réglementation en vue de la conservation serait dépourvue de toute sanction pénale; dans cette hypothèse on ne sait plus comment le pouvoir de gestion ainsi conçu pourrait édicter des règles qui, de quelque manière que ce soit, puissent porter atteinte aux facultés légales d'utilisation dont disposent les usagers de la voie publique et du domaine public de manière plus générale.

(72) Teitgen, pp. 108-109 et pp. 452-455.

(73) Cf. pp. 449-455 : « Les libertés garanties par la loi, mais exercées sur une dépendance du domaine, contrairement à son affectation, ne sont pas opposables à la police municipale, lorsqu'elle agit pour sauvegarder l'affectation de la dépendance dont il s'agit » ; à notre avis d'ailleurs, il n'est pas possible de soutenir que les transports en commun fassent de la voie publique un usage contraire à l'affectation : bien au contraire. Cf. dans le même sens, Rodière, *op. cit. eod. loc.*

(74) *Supra*, p. 68.

(75) *Supra*, p. 8.

En second lieu, se pose le problème qui constitue en réalité l'intérêt majeur des développements sur la gestion du domaine public : il s'agit de la détermination de la nature de la permission de voirie, acte de police ou acte de gestion ? Le lien entre conservation et gestion étant facilement réintroduit ici puisque la permission de voirie est délivrée dans la théorie de M. de Laubadère, par exemple, par l'autorité chargée de la police de la conservation du domaine. La théorie la plus récente consacrée par l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » du 20 décembre 1957 considère la permission de voirie comme un acte de gestion. En d'autres termes, on peut dire qu'il y aurait identification pure et simple entre pouvoirs de gestion et pouvoirs de police de la conservation. Il nous faut là encore signaler la remarquable homogénéité qui préside à la conception d'ensemble de M. de Laubadère, puisque, pour ce dernier, la qualification de gestion ou de conservation importe finalement assez peu, dans la mesure où il ne s'agit que d'attributions ou de compétences résultant de l'exercice du droit de propriété administrative du domaine public par l'administration propriétaire de la voie. Aussi avions-nous fait porter l'ensemble de notre critique essentiellement sur l'idée de propriété et ses conséquences en matière de police.

L'effort de M. Watrin présente donc le plus grand intérêt ainsi considéré. M. Watrin admet, en effet, l'idée de propriété du domaine, sous une forme assez élaborée appelée propriété sociale du domaine (76), étape dans laquelle « tout avantage retiré du domaine public est payant ». Cependant, d'un autre côté M. Watrin écrit que « c'est à tort que l'on prétend que le Conseil d'Etat valide aujourd'hui des mesures de police ayant pour but l'exploitation du domaine public » (77), le bon ordre établirait le lien entre les trois notions de police, domaine public et service public. En fait, il faut bien admettre la dualité de buts : « il n'y a pas confusion de la police et de la gestion sauf dans la mesure où des utilisations sans emprises sont accordées en vue d'exploiter le domaine public, selon les idées nouvelles, et dans celle où les autorités administratives propriétaires (Préfet) accordent les permissions de voirie en tenant compte non seulement du point de vue de la domanialité, mais de la viabilité » (78).

La pensée de M. Watrin, on le voit, est pleine de nuances; peut-être même est-elle trop nuancée en ce sens qu'elle essaie de concilier des notions tout à fait antinomiques et qui s'excluent mutuellement.

Ainsi, si l'idée de superposition de l'idée de gestion à celle de police est incontestablement séduisante, si même elle paraît mieux rendre compte de la réalité que les tentatives de fusion complète de la gestion et de la police — telle celle esquissée par M. Laroque dans sa note sous « Autobus Antibois » et « Taillandier » — si l'on reprend

(76) Art. cité, p. 181.
(77) « La police de la circulation sur les voies publiques », pp. 19-20.
(78) Art. *in* R.D.P. 1936, p. 160 sq.

l'analyse théorique, il ressort très clairement que cette « cohabitation » n'est pas possible, car se posera alors le problème insoluble des limites respectives. Nous examinerons d'ailleurs dans notre troisième partie ce problème de la dualité de technique. On peut simplement indiquer l'impossibilité théorique — à démontrer — de la coexistence au sein de la permission de voirie de la police et de la gestion, impossibilité qui risquerait de paralyser complètement l'administration du domaine public. Les formules de M. Watrin sont très belles, mais nous craignons qu'elles ne soient, comme l'indique d'ailleurs M. Cathelineau, plutôt des tentatives d'explication que des tentatives de présentation d'un critère. Ainsi, que penser de la formule de M. Watrin selon laquelle la liberté se rattache à la police et l'utilisation à la gestion (79) ? On pourrait dès lors imaginer que l'exercice des facultés d'utilisation relève de la gestion du domaine public, le fondement même ainsi que le principe de cette utilisation relevant de la police comme liberté publique : on voit quelle mine de contentieux serait ainsi ouverte... Il faut noter que cette conception n'est pas loin de celle qui considère la gestion comme une activité interne à l'administration, ne pouvant faire obstacle aux facultés légales dont dispose le public pour l'utilisation du domaine. M. Watrin considérant que la police ne peut évoluer sans se dénaturer, admet que c'est la domanialité qui a évolué ce qui revient, en d'autres termes, à admettre que la ligne de partage entre la police et l'activité de gestion interne s'est déplacée, mais sans que l'on puisse dire qu'on se place à des niveaux différents : le changement en quelque sorte ne serait pas qualificatif, mais simplement quantitatif. La preuve nous en paraîtrait fournie par le fait que M. Watrin considère que c'est la notion de bon ordre qui fournit le lien entre les trois notions de police, de service public et de domaine public. Or y a-t-il notion plus « policière » que celle du bon ordre public ? Il y aura donc toujours, selon M. Watrin, une certaine coexistence entre les diverses notions citées car : conserver l'intégrité de la voie publique est un acte de gestion, mais c'est aussi contribuer au bon ordre de la circulation, qu'en assurer par là même la viabilité... autoriser des particuliers à utiliser le domaine public d'une façon privative ou commune est (dans certains cas) un acte de gestion, mais cette occupation intéresse le bon ordre soit par le trouble qu'ils peuvent apporter, soit par la contribution à l'ordre qu'ils peuvent procurer... le bon ordre est le point de jonction entre ces diverses notions. En conséquence les autorités administratives pourront utiliser les procédés de police avec leurs sanctions : si la mesure de police qui vise un but de gestion : conservation de la voie, protection du concessionnaire, autorisation d'utilisation du domaine a aussi un but de police : ici sécurité, commodité, tranquillité et salubrité de la circulation; si la

(79) P. 148 : « une analyse minutieuse du droit positif fait en réalité apparaître bien plus souvent une superposition de l'idée de gestion à celle de police, qu'une véritable confusion... en tant que liberté (il y a) police, en tant qu'utilisation (il y a) gestion. »

mesure de police qui vise directement un but de gestion (conservation de la voie — protection du concessionnaire — autorisation du domaine) a, en réalité, pour fin dernière la réalisation de l'ordre public (sécurité et commodité de la circulation) » (80).

De cette pensée on retiendra d'une part, une certaine appréhension en termes nouveaux des problèmes domaniaux, d'autre part, un point de vue finalement très classique sur bien des points : en particulier, on a l'impression que ce qui justifie toute l'activité administrative sur le domaine public dans ses rapports avec les usagers de la voie sera dominé par l'idée de police et celle d'ordre public. Certes, le motif de police ou celui d'ordre public, dans bien des cas, sera assez lointain mais il devra toujours exister, en particulier, la permission de voirie conserve toujours un lien assez direct avec la notion de police et d'ordre public. La permission délivrée à un particulier et qui serait de nature à gêner la circulation ou même à l'empêcher sera révoquée (81).

d) La gestion du domaine chez M. Jansse.

L'ouvrage de M. Jansse est, on le sait, un ouvrage théorique écrit par un praticien, ce qui laisse fort justement à penser que les implications pratiques des points de vue théoriques seront constamment évoquées.

Il est peut-être plus expédient de citer les passages de M. Jansse qui se rapportent à la gestion pour mieux saisir toutes les nuances de sa pensée.

Etudiant les pouvoirs de police sur le domaine public, et plus spécialement « l'application des pouvoirs de police au profit de l'ensemble du domaine public », M. Jansse écrit : « Les prérogatives se rattachent à l'exécution par voie d'autorité des règles préexistantes n'ont rien de très particulier en elles-mêmes...

Néanmoins, elles se combinent avec les pouvoirs patrimoniaux des collectivités administratives et, de ce fait, elles comportent des conséquences exceptionnelles. Il est, en effet, admis que l'administration peut non seulement imposer l'observation des règles générales relatives à l'utilisation et à la conservation du domaine, mais qu'elle peut aussi dispenser de l'observation de ces règles dans les cas où l'intérêt public n'y contredit pas. De là résulte pour elle la faculté de conférer des permissions d'utilisations diverses, appelées permissions de stationnement, de voirie ou d'occupation du domaine public et ainsi se crée, sur le domaine public, un commerce juridique tout particulier. » (82).

(80) Watrin, art. cit., pp. 181-182.

(81) Cf. 19 juin 1931, « Ville de Sarreguemines », S. 1932.3.25, concl. Andrieux (conclusions contraires), note P. Laroque. L'arrêt rendu six mois à peine avant « Autobus Antibois » et un an avant « Demoiselle Taillandier » qualifie expressément les permissions de voirie accordées par le maire *d'arrêtés de police* (il s'agit d'une solution relative au droit local d'Alsace-Lorraine qui peut sans difficultés être étendu au droit général).

(82) P. 81, n° 143.

On remarquera, à propos de ce passage, qu'il conduit à admettre le caractère d'acte de police des permissions citées, seule en effet une mesure de police peut dispenser de l'observation de règles de police...

Plus loin apparaît la « gestion du domaine public » proprement dite, dont M. Jansse montre qu'elle n'est pas, en principe, assurée par les organes normalement chargés d'administrer le patrimoine des collectivités administratives, du moins lorsque les organes et les services de ces collectivités sont différenciés. Cette remarque aboutit en particulier à illustrer comment la domanialité publique ôte à l'administration des domaines la gestion du domaine public de l'Etat. Ce sont les services techniques qui interviennent et, nous l'avons vu, dans le dernier état ils intervenaient sur délégation de l'autorité de police (83).

Enfin, dans le même sens, examinant les conséquences utiles des pouvoirs de police, M. Jansse montre que « la police du domaine public a pour conséquence pour l'administration des facultés de jouissance intéressant un véritable fructus » (84). Les particuliers pourront utiliser le domaine public à leur profit, sous la condition que cette utilisation ne nuise pas à la destination du domaine et sous la condition du paiement de redevances dont le principe a été posé par certains textes législatifs. C'est, dit M. Jansse, dans la mesure où l'octroi de ces autorisations était primitivement considéré comme une simple forme de l'exercice du pouvoir de police que les administrations avaient considéré qu'à défaut de disposition expresse, ces autorisations étaient gratuites et qu'il était illégal de les subordonner au paiement d'une redevance. Il fallut donc attendre les lois précitées de 1872 et de 1881, lesquelles, s'ajoutant aux dispositions plus anciennes concernant le domaine public communal et à divers autres textes épars (par exemple en ce qui concerne le domaine public militaire ainsi que la loi du 16 juillet 1842 relative aux prises d'eau dans les cours d'eau domaniaux) ont achevé de mettre en place le système de la perception des droits pour occupation privative du domaine, lui conférant en même temps, un caractère fiscal assez prononcé.

La faculté de jouissance, de fructus, est donc bien rattachée à l'exercice des pouvoirs de police (85).

Mais, pour M. Jansse, en dehors de ces conséquences utiles des pouvoirs de police, la détention ou « possession civile » confère à l'administration d'autres avantages qui vont de la jouissance des fruits natu-

(83) Cf. Jansse, p. 83, n° 149, qui montre ainsi que toute autorisation du Domaine public qui serait délivrée par l'Administration des domaines serait nulle. Les administrations financières n'interviennent que pour la fixation des redevances (cf. la compétence du Conseil Municipal).

(84) P. 164, n° 267.

(85) N° 269 *bis in fine* ; on remarquera que pour le domaine public départemental il n'y a pas de texte spécifique autorisant la perception de redevances, sans que d'ailleurs la légalité de la perception de telles redevances ait jamais été contestée.

rels du domaine public à la faculté de contracter, c'est-à-dire de conférer des concessions d'occupation par voie contractuelle (86).

On voit donc le schéma de la pensée de M. Jansse pour lequel il n'est pas possible de parler de véritable gestion du domaine dans un sens autonome : en réalité, ce qu'il appelle fort justement « le morcellement des pouvoirs exercés sur le domaine public » (87) qui est la caractéristique propre du domaine public par opposition, par exemple, avec le domaine privé, produit un mode de gestion. C'est dans ce sens qu'il écrit que « de la police dérive un mode de gestion du domaine public, où la sauvegarde de l'ordre et de l'intérêt publics s'entrecroise avec l'administration patrimoniale de l'assiette du domaine » (88).

Dans l'étude qu'il fait des compétences en matière d'attribution des permissions, M. Jansse reprend la distinction des permissions de voirie (avec emprise) et des permissions de stationnement (sans emprise) et montre que si la distinction ainsi établie permet d'expliquer la compétence des maires pour la délivrance des permissions de stationnement, même sur les traverses, il s'agit là bien plus d'une explication rationnelle que d'une représentation fidèle de la réalité. En effet, « il n'y a pas à beaucoup près de parallélisme absolu entre la compétence en matière de police et la compétence en matière de permissions » (89), M. Jansse montre les différences qui s'établissent, par exemple, dans la possibilité qu'ont les maires de délivrer des permissions sur les dépendances du domaine public dont ils n'ont pourtant pas la police : de plus, si le maire n'a pas à référer aux autorités supérieures dans l'exercice de ses pouvoirs de police sur les traverses, il doit, au contraire, se référer à eux pour la délivrance des permissions de stationnement car « la police de la circulation ne touche pas à la gestion du domaine, alors que les permissions d'occupation sans emprise sont à la fois des autorisations de police et des actes de gestion, mais cela prouve qu'il n'y a pas identité entre les deux questions » (90). L'extension de cette possibilité aurait, selon M. Jansse, des raisons financières : on veut réserver aux budgets municipaux les sommes ainsi recueillies. C'est donc le point de vue financier et non le point de vue de police qui paraît dominer la question. Il est possible de reprendre cette analyse et d'en tirer d'autres conclusions.

Dans notre étude sur la police de la conservation, nous indiquions également que c'était le point de vue financier qui nous semblait expliquer les compétences différentes sur les traverses, selon qu'il y a emprise ou non. C'est qu'il faut entendre par point de vue financier, non seulement le point de vue de la perception des fruits, mais aussi

(86) Sur le problème des occupations contractuelles, cf. *infra*, 3e partie.
(87) P. 170.
(88) P. 174, n° 281.
(89) P. 176, n° 285.
(90) *Eod. loc.* On ne peut manquer d'être frappé de l'utilisation que fait M. Jansse du terme gestion et du concept d'acte de gestion. On voit parfaitement qu'à l'époque où écrit M. Jansse la signification de ces termes n'est pas fixée, ce qui explique les libertés prises avec ces termes.

celui de l'entretien et de la réparation de la route : il est donc normal qu'ayant la charge de la route, l'administration supérieure veuille s'assurer, même dans les cas où il n'y a pas emprise, du dommage qui pourrait éventuellement en résulter : il s'agit là encore de gestion, mais de gestion au sens classique, c'est-à-dire interne à l'administration. Dans l'exercice de son pouvoir de police, le maire attribue les autorisations de stationnement, mais dans la mesure où son autorisation a trait à un domaine public dont la collectivité qu'il représente n'assure pas la gestion — au sens classique — ou n'assure pas l'entretien, il n'est que trop juste que celle qui assure cet entretien ait son mot à dire, sans d'ailleurs attenter aux pouvoirs de police effectivement exercés par le maire (91). La formule utilisée par la loi de 1884 est d'ailleurs assez curieuse car après avoir posé que le maire « a la police des routes nationales et départementales à l'intérieur des agglomérations, mais seulement en ce qui concerne la circulation sur lesdites voies » (art. 98) l'article 99 dispose que « le maire peut, moyennant le paiement de droits fixés par un tarif dûment établi (sous réserve qu'il ait été reconnu que cette attribution peut avoir lieu sans gêner la voie publique, la navigation, la circulation et la liberté du commerce) donner des permis de stationnement ou de dépôts temporaires sur la voie publique, sur les rivières, ports et quais fluviaux et autres lieux publics ». Peut-on imaginer plus complète affirmation du caractère de police des permissions de stationnement ? L'expression « voies publiques » désigne ici l'ensemble des voies, sans exception. D'ailleurs, dans le système de la loi de 1884, police et gestion sont traitées dans des parties nettement séparées. Or, en réalité, ces articles se trouvent dans l'étude et la définition des pouvoirs de police.

On peut dire que chez M. Jansse la notion de gestion reste assez classique, ainsi dans l'énumération que nous avons déjà citée des « pièces essentielles du régime du domaine public » M. Jansse incluait la gestion par voie de police (92), ce qui traduit bien la conception classique de la gestion, complètement opposée à la notion moderne qui sépare totalement la gestion de la police et en fait une catégorie autonome. M. Jansse peut être considéré comme représentant parfaitement la transition entre l'ancienne et la nouvelle acception de la gestion.

Chez Maroger il n'y a pas de développements sur la gestion. On peut noter simplement le passage déjà cité où il est montré que la permission de voirie ne peut être un acte de gestion, car dans ce cas, le Conseil municipal interviendrait dans sa délivrance, ce qui indique une prise en considération de l'ancien sens de la gestion (93) ; d'autre part, il faut aussi rappeler que Maroger rattachait ce qu'il appelait la police de l'affectation à la technique de police basée sur l'article 97 de la loi municipale. Si l'on se rappelle que cette police de l'affecta-

(91) Cf. Y. Lenoir, pp. 100-101.

(92) P. 95, n° 168.

(93) P. 278-79 : « le maire s'il agissait comme gérant du domaine public serait soumis au contrôle du Conseil Municipal ».

tion comprenait la « police de la conservation » on verra le caractère très classique de cette position, caractère classique que nous avions souligné. La permission de voirie se trouverait donc délivrée par la police de l'affectation, basée sur la loi municipale.

§ 2. — La doctrine après 1945.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, les études domaniales se font de plus en plus rares après 1945, en dehors de l'étude de M. de Laubadère (94) qui essaie de synthétiser les études de MM. Capitant, Jansse et Maroger autour de quelques thèmes communs, ainsi que celle de M. Auby (95) qui montre comment le domaine privé se rapproche de plus en plus du domaine public, notamment dans la destination d'intérêt général qu'il possède, il n'y a guère eu d'étude poussée sur le plan théorique (96). Contrairement donc à ce qui avait été le cas avant 1939, ce n'est pas tant la doctrine que la jurisprudence qui fera évoluer la conception générale de la domanialité publique, les rares contributions doctrinales ne paraissant qu'en forme de notes. Nous l'avions déjà aperçu, en particulier avec l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » dont nous savons toute l'importance et qui n'a été annoté par aucun auteur. Là encore ce sont les conclusions du commissaire du gouvernement qui, semble-t-il, ont joué le rôle que jouait, en matière domaniale, la doctrine avant 1939. Il faut néanmoins indiquer que l'arrêt « Société le Béton » a suscité quelques remarques et critiques (97), de même que la série qui comprendra les affaires « Dauphin », « Berthier » et « Ville de Toulouse » (98).

Il faut distinguer cependant entre deux problèmes bien différenciés abordés par les arrêts : il s'agit d'une part, du problème — sans âge — de la détermination des biens du domaine public, plus précisément de la mise sur pied d'un critère général, d'autre part, il s'agira de la nature des pouvoirs exercés sur le domaine public, ainsi que de leurs limites. Il semblait d'ailleurs que tout fût dit sur l'évolution de la domanialité publique et notamment sur les pouvoirs de l'administration sur le domaine public, on avait admis l'utilisation économique de la gestion, on était prêt à en admettre l'utilisation commerciale.

(94) Art. précité, R.D.P. 1950.

(95) Art. précité, E.D.C.E., 1958.

(96) L'ouvrage de M. Dementhon n'est qu'une réédition, au demeurant avant tout consacrée au domaine privé. On peut citer aussi l'ouvrage de P.-M. Juret : « Le domaine public maritime » (Dalloz, 1964) qui reste cependant dans les généralités. Il faut rappeler également l'ouvrage déjà cité de M. Lenoir.

(97) Notamment la critique de M. Liet-Veaux *in* Revue Administrative, 1956. 617 et 1957.131.

(98) 11 mai 1959, « Dauphin » (note de Lanversin, J.C.P. 1959.II.11269) ; note Dufau, A.J. 1959.II.228 (chron. Galabert-Combarnous, A.J. 1959.II.113), concl. Mayras, S. 1959.113 et D. 1959.314). Berthier, 22 avril 1960, R.D.P. 1960.1213, concl. Henry, A.J. 1960.I.140, note Vergnaud, A.J. 1960.II.78, chronique Combarnous-Galabert.

Cela est si vrai que l'une des raisons qui explique certainement l'absence de réactions à l'arrêt du 20 décembre 1957 est que, en fin de compte, cet arrêt n'a pas paru innover, l'ensemble des auteurs tenant cette solution pour acquise depuis longtemps.

Cependant, une certaine réaction se manifeste chez quelques auteurs qui, sans remettre en cause la jurisprudence, n'en utilisent pas moins des formules plus prudentes ou plus classiques.

a) M. Auby.

Dans sa magistrale étude sur le domaine privé, M. Auby n'aborde le problème de l'utilisation du domaine public qu'au passage; pourtant M. Auby manifeste une certaine réticence devant les formules trop outrancières qui ont pu être utilisées. Traitant de la distinction du domaine public et du domaine privé, M. Auby écrit : « L'opposition traditionnelle établie entre le domaine public et le domaine privé, et selon laquelle le premier comporterait une finalité d'intérêt général tandis que le second n'aurait d'autre but que les profits qu'il est susceptible de procurer a parfois été critiquée en ce qui concerne son premier terme. On a fait ressortir depuis longtemps que la gestion du domaine public pouvait être commandée par des motifs économiques et que les considération d'exploitation financière y prenaient une place de plus en plus large.

Quoiqu'il en soit de cette idée dont il ne faut pas exagérer la portée, *car le domaine public correspond, malgré tout, essentiellement à une destination d'intérêt général*, la valeur du parallèle précédent peut être mise en doute à un autre point de vue, en ce qui concerne le domaine privé. » (90).

Par la suite, M. Auby montre que le domaine privé peut être conçu comme un service public, la différence entre le régime de l'utilisation du domaine public et celui du domaine privé n'étant somme toute plus très grande. La remarque de M. Auby nous paraît importante : certains auteurs en étaient venus jusqu'à dire que « le domaine se civilise » (100) : de toute manière l'utilisation économique du domaine public est une utilisation qui se fait dans un but d'intérêt général, ce qui ne peut pas ne pas avoir de répercussions sur la « gestion ». Ainsi s'explique mieux la remarque de M. Auby, précitée, rattachant la jurisprudence « Autobus Antibois » à la notion d'ordre public économique. Du point de vue de la gestion du domaine public, il s'agit donc très certainement d'une volonté de retour à des notions plus proches de la nature réelle de la domanialité.

(99) M. Auby renvoie à la note de M. Pierre Laroque sous « Autobus Antibois » et « Demoiselle Taillandier ».

(100) Notamment M. Savatier dans sa chronique : « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », Chron. XXII, D. 1961.117 : il apparaît plus juste de dire que le domaine privé se publicise. Cf. également la note de M. Mimin précitée.

b) Les réactions doctrinales autour du problème de l'affichage concédé à titre exclusif.

Nous examinerons la controverse qui s'est instaurée dans la doctrine au sujet de la légalité des concessions exclusives d'affichage sur les palissades implantées sur le domaine public de manière plus exhaustive dans notre troisième partie. Nous nous contenterons de signaler ici en quoi la controverse qui est née à propos de ce problème a pu rejaillir quelque peu sur le problème de la gestion du domaine public, tel qu'il est étudié par la doctrine.

L'un des points sur lequel porte, en effet, la discussion est celui de la détermination des pouvoirs en vertu desquels sont délivrées les permissions autorisant l'installation des palissades sur le domaine public, en bordure des chantiers de construction.

C'est M. Vedel qui, par une note sous une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Strasbourg (1er mars 1962, J.C.P., 1962. 12643), se penche le premier sur le problème. M. Vedel n'évoque pas la gestion du domaine et se place uniquement sur le plan de la police et de la nécessaire conciliation « classique en matière de police des intérêts de l'ordre public et des libertés publiques » qui en résulte : M. Vedel est ainsi amené à contester la légalité des concessions exclusives d'affichage en tant qu'elle s'étend aux palissades privées implantées sur le domaine public.

M. Lavigne, dans une chronique, conteste le point de vue de M. Vedel et se place résolument sur le terrain de la gestion (101).

En effet, M. Lavigne écrit que « ce n'est pas sur les pouvoirs de police, mais sur les pouvoirs de gestion du domaine que l'accent doit être mis en cette matière ». Le fait que ces palissades soient autorisées par des permissions de stationnement plutôt que par des permissions de voirie, ne modifie pas, selon M. Lavigne, les pouvoirs de l'administration en la matière, car la gestion « doit prendre en considération l'intérêt collectif des usagers comprenant à la fois les considérations de police de la circulation et de saine gestion patrimoniale... le Conseil d'Etat met incontestablement l'accent sur la gestion plus que sur la police du domaine public dans les questions d'affichage sur des édifices jouissant de permis de stationnement ou de permissions de voirie ». Il semble que M. Lavigne commette ici une confusion entre les deux sens du mot gestion : le sens classique et le sens moderne, puisqu'il utilise le mot « gestion » dans une même phrase en lui donnant tantôt le premier sens, tantôt le second. D'autre part, M. Lavigne s'appuie sur la jurisprudence classique en matière de « gestion » du domaine, celle qui s'ouvre par l'arrêt « Demoiselle Taillandier » et qui se termine par l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » auquel M. Lavigne se réfère plus particulièrement ainsi qu'aux

(101) « La légalité des concessions exclusives d'affichage sur des palissades privées implantées sur le domaine public », Chron. XXXIII, D. 1962.199 ; cf. *infra*, p. 280.

conclusions du commissaire du gouvernement Guldner que nous avons déjà analysées, ces arrêts n'étant pas relevés par M. Vedel. Il faut néanmoins signaler que pour M. Guldner les régimes des permissions de stationnement et des permissions de voirie ne sont pas identiques.

Enfin, le même problème est étudié par M. Kovar dans un très long article (102). M. Kovar pose d'emblée le problème en indiquant que « juridiquement, la doctrine est en désaccord pour déterminer à quel titre le maire agit lorsqu'il subordonne l'octroi de l'autorisation d'occuper temporairement le domaine public au respect de la concession exclusive d'affichage conclue par la municipalité. Pour certains, le maire ne peut fonder son intervention que sur la base des pouvoirs de police qu'il détient en vertu de l'article 97 du Code de l'administration communale. Pour d'autres, au contraire, le maire ne fait pas alors usage de ses pouvoirs de police, mais de son pouvoir de gestion du domaine, qui découle de l'application de l'article 98 de ce Code ».

M. Kovar retrace ensuite rapidement l'évolution du régime général du domaine et des autorisations privatives et montre comment l'évolution de la conception de la propriété du domaine ainsi que les décisions intervenues en ce qui concerne le gaz et l'électricité, puis en ce qui concerne l'élargissement des motifs admis dans le retrait des permissions de voirie — M. Kovar prend comme référence l'arrêt « Taillandier » (103) — il en conclut que c'est ainsi que « s'est opérée une transformation de la nature juridique des autorisations de voirie qui ne sont plus exclusivement des actes de police, mais apparaissent aussi comme des techniques de gestion du domaine public ». Cette dernière remarque nous intéresse tout particulièrement : elle nous montre une fois de plus la confusion qui s'établit entre le sens classique de la gestion et le sens plus moderne, et cela d'une manière très précise : en effet, la remarque de M. Kovar signifie que du régime des permissions de voirie découle un mode de gestion du domaine public puisque « les autorisations de voirie... apparaissent *aussi* comme des techniques de gestion du domaine public ». Plus encore, M. Kovar précise en note que « la superposition dans un « instrumentum » unique des deux ordres de préoccupation (police et gestion du domaine) n'est d'ailleurs pas impossible. L'évolution de la jurisprudence ne doit pas, en effet, être interprétée comme une substitution de l'acte de gestion à l'acte de police, mais bien comme une superposition ». On sait que c'était là le point de vue de M. Watrin dans son article (104). Ainsi donc on voit bien la confusion dans la conception de la gestion. Qu'il y ait gestion du domaine cela ne fait pas de doute, que les autorisations de voirie participent à cette gestion, cela ne fait pas non plus de doute : mais s'ensuit-il que les autorisations de voirie constituent

(102) Robert Kovar : « La légalité des « concessions » exclusives d'affichage sur le domaine public », J.C.P. 1964.1841.

(103) M. Kovar cite aussi un arrêt « Peysson et autres », du 12 décembre 1923, Rec. p. 826 et D.P. 1924.3.32, en réalité cet arrêt n'est qu'une étape car il est rendu sur refus et non sur retrait (cf. note anonyme au D.P.).

(104) *Supra*, p. 188 sq.

elles-mêmes des actes de gestion ? Nullement pensons-nous : simplement la jurisprudence (avant l'arrêt de 1957) a marqué de plus en plus que les autorisations de voirie étaient délivrées dans un but d'intérêt général, comme le domaine public est lui-même affecté à des buts d'intérêt général; sur ce point il doit y avoir concordance entre les buts des permissions de voirie et l'affectation du domaine, concordance affirmée, par exemple, dans l'arrêt « Commune de Saint-Brévin-les-Pins », mais il ne saurait en résulter une modification de la nature de la permission de voirie.

Il faut d'ailleurs reconnaître que le point de vue de M. Kovar est extrêmement nuancé et qu'il cherche constamment à montrer la superposition de la gestion et de la police : il se contente d'indiquer le plus souvent que l'intervention des autorités municipales ne se rattache plus *exclusivement* à leurs pouvoirs de police. A plusieurs reprises, M. Kovar souligne d'ailleurs l'ambiguïté (105) ou l'imprécision (106) de la jurisprudence du Conseil d'Etat. A vrai dire donc, M. Kovar ne prend pas position mais il expose fort bien les doutes quant à l'adoption de la gestion comme théorie exclusive dans la délivrance des permissions de voirie. Cette attitude paraît caractéristique de l'embarras de la doctrine devant la nouvelle jurisprudence (107).

c) Autres réactions autour des arrêts les plus récents.

Nous signalerons d'abord une note de M. J. Cathelineau. Cette note est publiée sous un jugement du Tribunal administratif de Bordeaux « Froment » du 17 octobre 1962 (Dalloz 1963.575). Le jugement en lui-même reprend l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » : on pourrait souligner qu'il s'agit de la décision la plus catégorique, car d'une part, elle est rendue sur une affaire qui concerne le domaine public municipal, d'autre part, elle est catégorique en ce qu'elle fait appel expressément à la notion de propriété du domaine public.

Nous empruntons l'exposé des faits à M. Cathelineau : « l'administration municipale de Bordeaux a été amenée à établir, en 1961, un nouveau plan de foire du fait de la création de parkings sur les Allées d'Orléans et à modifier la réglementation en usage pour la distribution des places aux industriels forains, sur la place des Quinconces, lors des foires de mars et octobre. Elle décida que, à l'avenir, le mode de distribution des places se ferait d'après une liste tenant compte de l'ancienneté des participants habituels, l'ancienneté des parents rete-

(105) Notamment à propos des conclusions du commissaire du gouvernement Laurent sur « Sté L'Affichage Marseillais », 18 janvier 1956, concl. Laurent, A.J. D.A. 1956, J.P., n° 65, Doctrine, p. 25, commentaire M. Guérin : le commissaire semble hésiter entre police et gestion.

(106) Cf. § II.

(107) Il faut souligner que dans la dernière édition de leur Traité, MM. Duez-Debeyre semblent nettement considérer la permission de voirie comme un acte de gestion (n° 1103, p. 799).

nue traditionnellement à titre principal n'intervenant qu'à l'occasion du changement de plan et uniquement au profit du seul enfant ayant pris effectivement la suite de l'exploitation familiale. Au critère de l'ancienneté personnelle se voyait substituer celui de l'ancienneté d'entreprise ». C'est la décision attaquée par le sieur Froment qui s'estime lésé et invoque le fait que le nouveau mode d'attribution des places crée une catégorie privilégiée de commerçants et porte atteinte à des droits acquis : le Tribunal administratif rejette sa demande au fond : « considérant (d'une part) qu'aucun texte de loi ou de règlement ne reconnaît aux particuliers un droit à l'obtention de permissions d'occupations du domaine public, — considérant d'autre part, *qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public* de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation; que ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de l'égalité des citoyens devant la loi et les règlements, ni celui de l'égalité entre les usagers du service public, ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ses pouvoirs de gestion; que par suite, les moyens tirés de la violation des principes généraux du droit sont inopérants;... que si le maire est à la fois, autorité de police et administrateur du domaine public, il accomplit, lorsqu'il fixe les conditions de répartition d'une place publique entre forains, *non un acte de police mais un acte de gestion du domaine public dont la commune est propriétaire* et dont elle est en droit, en conséquence, d'assurer la meilleure utilisation... ».

On voit combien cette décision dépasse l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » : signalons en particulier, que dans l'arrêt du Conseil d'Etat celui-ci n'avait pas écarté les principes généraux du droit, comme le fait le tribunal administratif de Bordeaux, mais uniquement quelques « lois » qui sont celles du 2-17 mars 1791, du 29 juillet 1881 et du 19 juillet 1949 : la première au moins de ces lois, celle des 2-17 mars 1791, est traditionnellement considérée comme un principe général du droit (liberté du commerce et de l'industrie) mais le Conseil d'Etat n'a peut-être pas voulu aller jusque là. La décision du Tribunal administratif est donc nettement en « progrès » par rapport à l'arrêt du 20 décembre 1957.

M. Cathelineau s'interroge à vrai dire, non sur la qualification de la permission d'occupation qu'il considère, semble-t-il, comme étant définitivement un acte de gestion, mais sur le critère qui permet de départager l'acte de police de l'acte de gestion.

« L'évolution qui s'est produite depuis ces arrêts (108) rend la distinction encore moins aisée... (Or) depuis quelques années la liste des actes de gestion s'accroît de façon notable (109)...

(108) Il s'agit de la série d'arrêts du début du siècle, plus spécialement des conclusions Teissier sur plusieurs affaires précitées où apparaissaient la gestion et la police (notamment « Feutry » et « Chevallier »).

(109) M. Cathelineau cite quelques arrêts illustrant les progrès de l'acte de gestion : notamment « Ruasse », précité, « Sté des fours à coke de Montluçon »,

L'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » du 20 décembre 1957 et l'arrêt « Froment » marquent une nouvelle étape... » (110).

M. Cathelineau montre d'abord la différence traditionnelle entre les pouvoirs de l'administration sur le domaine public et sur le domaine privé. Sur ce dernier, seule la gestion peut être utilisée. Sur le domaine public, par contre, peuvent être utilisés deux modes de police : la police générale et la police de la conservation, cette dernière se caractérisant par son but spécial de protection de l'intégrité matérielle du domaine public : M. Cathelineau cite l'arrêt « Société des plâtrières de Bagnolet » du 29 janvier 1926 (rec. p. 97) précité, qui ne paraît pas pourtant contenir d'affirmation en faveur de la police de la conservation et qui vise d'ailleurs l'article 97 de la loi du 5 avril 1884.

Enfin, il existe sur le domaine public des actes de gestion : à l'origine des occupations privatives du domaine, il existe, en effet, des autorisations unilatérales « qui sont aujourd'hui envisagées comme des actes de gestion du domaine et non comme des actes de police. Il faut nous arrêter à cette qualification. L'arrêt « Froment » pose le problème de savoir en quoi les actes de gestion se distinguent des actes de police lorsqu'ils sont pris en la forme réglementaire ».

M. Cathelineau dresse ensuite le tableau des divers critères qui ont été avancés depuis l'apparition de cette nouvelle catégorie d'actes sur le domaine public. Il faut bien remarquer cependant que la plupart de ces critères, sinon l'ensemble, ont été proposés non en fonction du caractère réglementaire, mais pour des actes de gestion « individuels » puisque, par hypothèse, le problème de la distinction des actes de gestion réglementaires et des actes de police réglementaires n'existe que depuis peu.

Divers critères ont été avancés par M. Watrin, par MM. Liet-Veaux et Durand, mais qui sont des critères assez fragiles. M. Cathelineau retient quatre critères qui jouent simultanément : la portée de l'acte, sa sanction, son objet, son but enfin.

La portée de l'acte : si, en principe, les actes de police sont pris en la forme réglementaire, cette règle n'est pas absolue, il peut arriver que pour des situations exceptionnelles, un acte de police individuel soit édicté. M. Cathelineau en tire la conclusion que police et réglementation ne se recouvrent pas entièrement. Le seul arrêt cité « Cateland et Laulaguent » (C.E., 15 décembre 1926, rec., p. 1106) n'est pas

précité, « Sté des schistes industriels », précité (avec renvoi à la note de M. Laroque et aux conclusions Andrieux sur « Beaumont »), à vrai dire, c'est un peu résoudre le problème avant de le poser, car toute la question est de savoir s'il y a eu passage de la police à la gestion.

(110) On voit d'ailleurs mal ce que — dans l'esprit de M. Cathelineau — ces arrêts peuvent apporter de nouveau, dans la mesure où le caractère d'acte de gestion est déjà acquis. Certes, M. Cathelineau y voit essentiellement une extension aux actes réglementaires, mais cela non plus n'est pas nouveau : il suffit de se reporter au cahier des charges qui existent pour certaines occupations à titre unilatéral (concessions d'outillage dans les ports par exemple).

très probant, car le Conseil d'Etat insiste bien sur le caractère très particulier de l'espèce considérée (111).

Il semble bien qu'il faille réintroduire pour cet arrêt la distinction classique entre le système de l'autorisation et celui de la réglementation : en ce sens, l'interdiction prononcée l'est sur la base de la loi qui joue le rôle du règlement général. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de mesure de police individuelle à proprement parler.

Les sanctions : les sanctions pénales sont normalement le corollaire des mesures de police, les sanctions administratives étant le corollaire habituel des mesures de gestion. Certes, il faut tenir compte des sanctions administratives qui peuvent intervenir en matière de police (112), mais de manière générale, le défaut d'autorisation de stationnement ou de voirie, entraîne l'application de sanctions *pénales,* sans qu'il soit utile de distinguer entre la sanction réalisée par les contraventions de simple police (Code pénal, notamment R 26-15°) et les contraventions dites de voirie : au contraire, la juxtaposition des deux genres montre bien, à notre sens, plus la parenté profonde que la différence qui sépare les deux notions. Il s'agit donc là de différences quantitatives — fonction de la nature et de l'importance de la voie — non qualitatives.

L'objet : certains règlements ont un objet général, il s'agit des règlements « de police générale qui fixent l'étendue des droits des particuliers sur le domaine public. Il s'agit également des règlements de gestion qui peuvent être pris sur le domaine privé et sur le domaine public. Les règlements de police de la conservation ont, au contraire, un champ d'application beaucoup plus restreint, un objet spécial... ».

Le but : enfin « permet de faire une démarcation entre l'intérêt général, l'ordre public, poursuivi par les mesures de police et l'intérêt patrimonial recherché par les actes de gestion. Les mesures de police ne sauraient être exercées à des fins patrimoniales ou domaniales; or, comme nous l'avons déjà remarqué, l'inverse n'est pas complètement vrai, car des actes de gestion peuvent poursuivre un but d'ordre public ».

Pour M. Cathelineau, c'est par le jeu de ces différents critères combinés que l'on peut parvenir à une distinction valable entre règlements de police et règlements de gestion. Il nous semble cependant déceler dans l'argumentation de M. Cathelineau un certain nombre de confusions qui sont tout à fait caractéristiques de la doctrine ou qui

(111) « Consid. que si aucune *réglementation générale* des cortèges sur le territoire de la commune des Abrets n'obligeait la Sté de gymnast. «l'Avant-garde des Abrets» à demander au maire l'autorisation de défiler sur la voie publique il résulte *des éléments du dossier* que, *dans les conditions* où elles avaient été projetées, les manifestations des 22 et 23 août 1925 étaient de nature à troubler *l'ordre public* et qu'en les interdisant le maire n'a pas abusé des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884.

(112) Cf. AUBY : « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », D. 1952, Chronique, p. 111.

révèlent à tout le moins la confusion qui entoure certaines données modernes de la domanialité publique telle qu'elle est conçue depuis quelques années.

C'est d'abord, et c'est là certainement ce qu'il y a de plus grave, une confusion de plus en plus grande entre la gestion et la police de la conservation. Il semble que la doctrine confonde soit police générale et gestion, soit police générale et conservation en rejetant alors la gestion dans une troisième catégorie. On comprend fort bien que l'apparition d'une troisième catégorie, alors que l'on n'avait pas résolu le problème de la deuxième catégorie — la police de la conservation — ait complètement désorienté la doctrine : en effet, on va pouvoir assister au déploiement de quatre catégories de pouvoirs différents sur le domaine public : les pouvoirs de police générale, les pouvoirs de police de la conservation, les pouvoirs de gestion, les pouvoirs résultant enfin, de la possibilité d'accorder des autorisations d'occupation à titre contractuel ! Dans certaines hypothèses, ces pouvoirs peuvent être attribués à des personnes complètement différentes, par exemple, en matière de domaine public des chemins de fer. Cela n'a pas de sens, il faut, au contraire, chercher à regrouper les pouvoirs, non à les différencier arbitrairement. La pratique ne peut que souffrir de cette tendance au « morcellement des pouvoirs » que signalait déjà M. Jansse.

Enfin, nous nous demandons, en ce qui concerne l'hypothèse « Froment », en quoi le nouveau règlement édicté par la ville peut être considéré comme un acte de gestion, plutôt que comme un acte de police. Que ce soit au point de vue de la portée, de la sanction (celui qui occuperait une place qui ne lui a pas été attribuée tomberait sous le coup de sanctions pénales), du but (c'est incontestablement l'ordre public : il suffit de fréquenter les marchés pour savoir que le problème de la répartition des places est avant tout un problème d'ordre public, la ville ne retirant aucun bénéfice particulier de ce qu'un marchand soit situé à tel endroit plutôt qu'à tel autre, il s'agit d'éviter les querelles entre les marchands, comme dans l'affaire Taillandier), de l'objet enfin, qui se confond étroitement avec le but : de toute manière en l'espèce, l'objet — au sens où l'entend M. Cathelineau était général. Rien ne vient donc justifier le caractère d'acte de gestion de cet acte : pas même les considérations pratiques, puisque d'une part, le détournement de pouvoir allégué n'est pas prouvé, que d'autre part, il n'y a pas de droits acquis en matière de règlements de police, qu'enfin les considérations tirées de l'ordre public font plier les principes invoqués.

En second lieu, il convient de revenir à l'ouvrage de M. Martres sur les « caractères généraux de la police économique » que nous avons déjà rencontré.

Il faut d'abord indiquer que pour M. Martres les expressions « acte de gestion » et « police patrimoniale » sont synonymes (113). C'est

(113) Tome I, p. 96.

cette identification qui permettait de passer plus facilement de la police de la conservation à la gestion qui étaient également synonymes. Mais, pour M. Martres, c'est le point de vue économique qui est le plus important et il montre que par le biais de la réglementation des professions sur le domaine public, l'autorité administrative accomplit des buts de la police économique (114). Or dans la pensée moderne, on le sait, la réglementation du domaine public se fait essentiellement par la voie de la gestion du domaine : il en résulte que la gestion du domaine se trouverait être un moyen de la police économique, la forme et la signification nouvelles du but d'intérêt général qui est celui des actes de gestion.

Le « danger » pourrait être éventuellement que, par la combinaison des pouvoirs de gestion et des pouvoirs de police, il puisse se créer un véritable socialisme municipal : mais ces « tentatives » se briseront sur l'article 97, car la jurisprudence « ressuscite » la loi des 2-17 mars 1791 et en fait un principe général du droit. Cette affirmation paraît contredite par le Tribunal administratif de Bordeaux dans l'affaire « Froment » qui paraissait exclure les principes généraux du droit de la gestion (115).

Certes, l'administration, lorsqu'elle agit en vertu de ses pouvoirs de gestion ne peut poursuivre qu'un but d'intérêt général; cependant, pour M. Martres, cette constatation ne modifie en rien la gestion : néanmoins, il faut remarquer que cela ne crée nullement une nouvelle catégorie « d'actes discrétionnaires » et le contrôle du Conseil d'Etat ne manquera pas de se développer dans ce sens. Le détournement de pouvoir se cencevrait fort bien dans l'affaire « Froment », le Tribunal de Bordeaux examine d'ailleurs ce moyen de détournement de pouvoir invoqué par le requérant.

Quant à la détermination du critère qui permettrait de distinguer cntre acte de police et acte de gestion, M. Martres reprend les conclusions de M. Cathelineau, mais après avoir constaté la réintégration de l'ordre public dans la gestion, il constate que « le critère de la distinction n'existe que grâce à l'analyse du juge, mais reste délicate avant son intervention. La distinction demeure pour nous importante, car s'il est impossible de tracer une frontière précise entre police et gestion patrimoniale, la notion de police perd de sa netteté. La gestion domaniale devrait même rentrer dans la police économique dans la mesure où elle permet de réglementer l'activité de certains particuliers » (116).

Il ressort bien que la distinction entre la police et la gestion n'est pas très nette, au point que l'on peut s'interroger sur sa raison d'être. M. Martres préférerait que l'on rattachât la gestion du domaine à la police économique, ce qui serait possible par une extension de l'ordre

(114) Tome I, p. 121 ; sur la notion de police économique, cf. *infra*, 3e partie.
(115) Tome I, pp. 122-124.
(116) Tome I, p. 130.

public, à la notion d'ordre public économique, mais on se heurte là à l'éternel problème qui est l'absence de textes, absence qui, si elle permet toutes les théories, n'en justifie finalement aucune.

M. Martres voit très bien les faiblesses de la jurisprudence et pense qu'il est « insuffisant de dire que la gestion du domaine public peut poursuivre un but d'ordre public, dans la mesure où cela signifie que la gestion du domaine n'est qu'un prétexte pour prendre des mesures qui, d'un point de vue matériel, pourraient aussi bien être des arrêtés de police... L'acte de gestion est un moyen permettant au maire d'imposer une réglementation économique à certaines professions occupant le domaine public ». La mesure serait légale pourvu qu'elle soit prise dans l'intérêt général, et ne serait un acte de police que si elle est sanctionnée par voie pénale. En d'autres termes, on arriverait à une véritable présomption d'acte de gestion. La jurisprudence ne ferait que redécouvrir progressivement le fondement des pouvoirs de gestion de l'administration sur son domaine, fondement que Jèze avait déjà vu à l'occasion de l'étude de la permission de voirie. Pour Jèze cependant, ce n'était que l'intérêt pécuniaire qui intervenait, alors que c'est d'intérêt général qu'il s'agit, ce qui justifierait la réintroduction de l'ordre public. On redécouvrirait, en sens inverse, la double nature du maire.

Cette notion extensive de l'intérêt général pose un problème également. En fait, on peut se demander si la notion d'ordre public ne peut permettre également une certaine réglementation; une forme de l'ordre public économique qui permettrait de passer plus harmonieusement dans la réglementation économique, en évitant l'accentuation de la patrimonialité qui est difficilement admissible. Certes, M. Martres est très réaliste et indique bien que « pour l'administration, le problème n'est pas un problème de critère entre acte de police et acte de gestion, l'essentiel est le but à atteindre; en fonction de quoi elle use d'une technique plutôt que d'une autre. Et donc pour l'observateur il suffit d'analyser le contenu de l'acte et ensuite de vérifier la sanction sans perdre de vue que l'administration sur son domaine utilise normalement la gestion, exceptionnellement la police ».

Il se précise donc de plus en plus que le système général de la gestion, qui a pris une ampleur démesurée, est avant tout un système mis en place par la jurisprudence qui va se heurter à des problèmes de plus en plus graves au point de vue théorique et se trouvera dans l'obligation de faire des « acrobaties » juridiques pour pouvoir concilier les exigences parfois contradictoires de la conservation, de la gestion, de l'ordre public et de l'intérêt général.

Ce système est, somme toute, assez critiquable, il n'est pas commode, mais surtout il n'est pas satisfaisant au point de vue théorique : la notion de police économique est l'une des tentatives pour permettre de sortir de l'imbroglio dans lequel, cela se précise de plus en plus, la théorie du domaine public se précipite.

On voit bien qu'il règne depuis quelques années dans la doctrine une sorte de discordance assez manifeste dans les opinions, sans qu'une ligne directrice ne se soit encore dégagée. Dans la troisième et dernière partie, que nous abordons maintenant, il s'agira d'essayer de reconstruire, à partir des éléments que nous avons présentés jusqu'ici, une théorie générale de la police du domaine public.

TROISIEME PARTIE

VERS UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

Il s'agit maintenant de reconstruire, c'est-à-dire d'essayer de présenter une vision d'ensemble, cohérente et complète de l'activité de police sur le domaine public.

Quels sont les points acquis ? Ils sont essentiellement négatifs. En effet, nous avons écarté les tentatives de définitions théoriques et matérielles du domaine public, puis l'idée d'une police de la conservation du domaine, en établissant l'unité de la police : enfin, nous avons rencontré la théorie de la gestion du domaine public que nous avons également écartée comme théorie autonome ,mais non comme *activité administrative de gestion domaniale.* Cependant, il faut rendre compte d'un certain nombre d'activités nouvelles ayant le domaine public pour support et plus particulièrement des activités engageant la politique économique; ce n'est qu'après avoir réintroduit ces éléments que nous pourrons nous lancer dans la construction toujours hasardeuse d'une théorie générale.

Finalement, le mouvement doctrinal qui avait constaté le bouleversement général de la théorie de la domanialité entre les deux guerres a plus ou moins tourné court. Une modification, même profonde, du régime de la permission de voirie ne peut être confondue avec une modification de la domanialité publique elle-même. M. Carbonnier critique en ces termes ce mouvement doctrinal : « Il existe tout un genre littéraire de transformisme ou évolutionnisme juridique... Deuxième période (où l'on décrit une évolution plus précipitée, plus dramatique, aux alentours de la seconde guerre mondiale, une « révolution » au sens socialiste). L'objection de principe que l'on peut faire à cette position c'est qu'elle manque de recul et risque d'exagérer la profondeur des transformations décrites. Il y a certainement eu des transformations, mais portent-elles sur les bases ? La propriété privée des moyens de production, le contrat, la famille restent des réalités fondamentales, aujourd'hui comme en 1804. » (1). Il nous semble que ces remarques faites pour le droit privé et essentiellement le droit civil, peuvent être adaptées au droit administratif et plus particulièrement à la domanialité publique.

(1) J. Carbonnier : « Droit civil » (Collect. Thémis, P.U.F.) 1962, T. I, p. 53, n° 15 ; cf. également l'article de M. Rivero : « Action économique de l'Etat et évolution administrative », Revue Economique, 1962, p. 886, cf. les remarques sur le dirigisme de *crise* après 1934 et le dirigisme de *guerre* après 1939.

Ce « genre » littéraire de transformisme et d'évolutionnisme juridique a, en effet, comme nous l'avons montré, été tout à fait florissant en ce qui concernait la domanialité publique. Il faut, à notre sens, se garder de voir des transformations trop profondes là où après tout il n'y a eu qu'adaptation harmonieuse aux circonstances économiques, techniques et sociales.

Nous chercherons à établir dans le titre premier *la prédominance du pouvoir de police* sur le domaine public, et dans le titre deuxième, à partir de l'ensemble des résultats obtenus, nous confronterons cette police du domaine public ainsi conçue aux problèmes — du moins à certains problèmes — de l'administration du domaine.

TITRE PREMIER : *La prédominance du pouvoir de police sur le domaine public.*

TITRE II : *Pouvoir de police et administration du domaine public.*

TITRE PREMIER

LA PREDOMINANCE DU POUVOIR DE POLICE SUR LE DOMAINE PUBLIC

Ce titre sera composé de deux chapitres :

CHAPITRE PREMIER : *La prédominance du pouvoir de police, point de vue nécessaire.*

CHAPITRE II : *La prédominance du pouvoir de police, point de vue suffisant.*

Mais avant d'aborder ces deux chapitres, nous pensons utile de rappeler, en un paragraphe préliminaire, certains points acquis qui constituent notre base de départ. En particulier, il s'agit de montrer quelles conclusions utiles on peut tirer de ces résultats acquis dans la première et la deuxième parties. En même temps, ce paragraphe préliminaire permettra de préciser *la position du problème.*

Paragraphe préliminaire : Position du problème.

L'ensemble des problèmes domaniaux est intimement lié, c'est la raison pour laquelle nous avions jugé utile de consacrer une première partie à l'étude (rapide) des principaux aspects de la domanialité publique ainsi que de la police, qui constitue l'autre « facette » de notre étude.

De la définition de la domanialité publique à l'étude des pouvoirs exercés par l'administration sur le domaine public, les théories émises forment en général un bloc compact et homogène. Il y a une liaison interne entre les différentes notions dans chaque théorie de la domanialité qui a été avancée, et l'on sait qu'elles ont été fort nombreuses. Il nous a semblé, dès lors, qu'il ne serait pas inutile de faire

quelques rappels pour montrer en quoi les options prises dans notre première partie prenaient une importance capitale dans la construction de notre théorie de la police du domaine public.

a) La définition du domaine public.

Nous avions écarté toute définition matérielle du domaine public. Il est d'ailleurs curieux qu'alors qu'il n'est pas de régime juridique qui puisse se définir matériellement, seul, en matière de domanialité publique, on a voulu retenir une définition matérielle. Certes, pour tout régime juridique, les difficultés contentieuses se concentrent toujours autour de l'application pratique, c'est-à-dire matérielle de ce régime, mais, dans ces cas, le rôle du juge apparaît comme étant un rôle « interprétatif » et non pas comme un rôle proprement créateur. Dans l'interprétation qu'il donne, le rôle du juge peut être capital, il peut étendre un régime ou, au contraire, le restreindre : la référence cependant sera toujours législative. Rien de tel en matière de domanialité publique où le juge, non seulement a étendu un régime, mais où finalement il en sera venu à dénaturer complètement le régime originel et à lui substituer une définition nouvelle et d'ailleurs fluctuante, non seulement dans son contenu mais aussi dans sa forme. Il s'agit là d'une manifestation absolument caractérisée du « pouvoir normateur » du juge.

Ecartant toute définition matérielle de la domanialité publique, nous proposions une définition formelle, certainement plus modeste et intellectuellement moins ambitieuse mais qui nous paraît plus conforme aux exigences du droit.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'une telle manière de concevoir la domanialité publique ne restreint absolument pas le rôle du juge administratif en cette matière. Si l'on prend, par exemple, le cas des voies publiques, le rôle du juge sera de rechercher si telle portion de chemin ou de telle dépendance peut être assimilée à une voie publique, le Code civil étant assez clair en ce qui les concerne. On remarquera qu'il s'agit là de la grande majorité des cas que les juridictions administratives sont appelées à trancher. Si l'on reprend le cas des promenades publiques, on verra que finalement il était assez facile de les assimiler à des voies publiques et par là même de les considérer comme parties intégrantes du domaine public : si des raisons pratiques s'opposaient à la classification dans la catégorie des voies publiques, le biais emprunté pour reconnaître la domanialité des promenades n'est guère satisfaisant au point de vue juridique, si même il peut apparaître séduisant pour l'esprit. Le cas est d'ailleurs typique pour illustrer l'inadéquation juridique d'un critère matériel, car il aboutit, ainsi que nous le signalions, à étendre le domaine public à une catégorie générique de biens, extension prévue par aucun texte; la jurisprudence a d'ailleurs elle-même considéré les promenades publi-

ques comme faisant partie du domaine privé pendant plus de cent cinquante ans (2).

D'autre part, nous avions signalé que l'on pouvait déceler un retour encore assez faiblement perceptible, à une conception plus formelle de la domanialité, notamment par la multiplication dans la jurisprudence la plus récente, de la référence au classement ou au défaut de classement.

Comment intervient la police ? *A priori*, elle ne semble pas, en effet, particulièrement liée à la domanialité publique. Si l'on prend le cas des voies publiques — qui reste de toute manière le cas le plus fréquent et le plus probant — à partir de quel moment apparaissent les pouvoirs de police : ce n'est pas tant à partir du classement que de l'affectation de fait, non pas que cette dernière représente une opération particulière, mais que tout simplement la police est liée à l'ordre public et que, dans la généralité des cas, l'ordre public n'est concerné qu'à partir du moment où il y a circulation effective. Dans certains cas où une circulation effective aurait commencé avant l'ouverture de la route, le maire peut toujours, pour des raisons de sécurité, interdire cette circulation. Le lien entre la domanialité publique — particulièrement celle de la voirie — semble donc provenir du fait que l'on a érigé la circulation en élément de l'ordre public et cela dans un sens assez large, puisque d'une part, la faculté de circuler est un élément de l'ordre public, et que d'autre part, par le biais de la notion de viabilité qui comprend aussi bien la sécurité que la commodité de la circulation, l'ordre public de la voie est très développé. Le lien entre la police et la domanialité semble donc exister par l'intermédiaire de la notion d'ordre public.

Cependant, ce véritable « droit à la circulation » qui en découle n'est pas spécifique à la domanialité mais seulement à la voie publique, c'est donc bien le bon ordre qui fournit le critère de l'extension de la police et, ainsi que nous l'avons indiqué, en créant une législation de la répression de l'intégrité matérielle du domaine public là où l'ordre public est en jeu — et uniquement là — le législateur semble avoir tracé très nettement cette concordance.

Il n'y a pas, en effet, de bien domanial type : chaque catégorie de bien est soumise, particulièrement en ce qui concerne la police, à un régime bien particulier; c'est qu'en effet, chacune de ces catégories de bien n'est pas en mesure de troubler l'ordre public de la même manière, il y a à la fois adaptation et limitation de la police en fonction de la nature du bien. Certains biens ne sont pas ouverts directement à l'usage du public (3), d'autres ne le sont que moyennant rémunéra-

(2) En 1958, dans son article précité sur le domaine privé, M. Auby (cf. p. 41) donne encore cette solution comme étant celle d'une jurisprudence « bien établie, encore que sa conformité au critère de la domanialité publique ne soit pas évidente ».

(3) Les chemins de fer, par exemple.

tion (4), d'autres enfin sont complètement interdits au public (5), alors que les voies publiques sont directement affectées à l'usage public. Le pouvoir de police va, dès lors, épouser en quelque sorte l'ordre public tel qu'il risque d'être mis en cause sur ces biens. Il faut se rappeler cependant l'extension qu'a connue la notion d'ordre public, spécialement au point de vue économique.

b) La propriété du domaine public.

Nous n'avions pas rejeté l'idée de propriété du domaine public, estimant avant tout inutile de couvrir un vieux débat.

Cependant, il ne nous paraissait pas possible de passer sous silence ce que nous avons appelé la « profonde ambiguïté » de cette notion. Il s'agit d'une conception avant tout doctrinale et qui, par là-même, reste marquée par les querelles qui en ont précédé l'adoption définitive. C'est que, même si la quasi-totalité des auteurs l'admet aujourd'hui, ces auteurs sont loin d'être unanimes sur le contenu de ces pouvoirs de propriété qu'exerce l'Administration à l'égard du domaine.

En fait, d'ailleurs, la thèse de la propriété ne résoud le problème de l'étendue des pouvoirs de l'administration sur « son » domaine public qu'en apparence. En effet, il régnait en cette matière la plus grande diversité :

— *Diversité* tenant en premier lieu à la confusion même de la notion de propriété du domaine public. L'analyse de M. Watrin qui montrait que l'on était passé du domaine de police à un domaine de propriété administrative avec Hauriou, et, dans la troisième étape, à un domaine de propriété sociale, dont l'analyse la plus magistrale a été donnée par la classique étude de M. de Laubadère, est peut-être séduisante, mais elle est peu juridique. Comment admettre cette évolution des pouvoirs de l'Administration sur le domaine pour des raisons entièrement théoriques, qui se déroulent entièrement en dehors des lois et pour une grande partie même de la jurisprudence. On aboutissait à ce résultat — qui est encore en partie actuel — que chaque auteur « dose » les pouvoirs qu'il reconnaît à l'administration sur le domaine public, en fonction de la manière dont il conçoit la propriété du domaine, dont il conçoit aussi l'intérêt général dans ses relations avec les pouvoirs de l'Administration. L'introduction de la propriété dans cette matière de l'étendue des pouvoirs de l'Administration, nous semble donc constituer non pas une simplification mais une complication inutile.

— *Diversité* tenant aussi à la diversité même de la qualification des pouvoirs du propriétaire sur son bien ? On parle de gestion, d'exploitation, d'utilisation rationnelle, d'utilités à retirer etc. Ces difficultés se trouvent aggravées du fait que quelle que soit la forme de

(4) La plupart des autoroutes.
(5) Le domaine public militaire.

propriété que l'on retienne, on ne peut écarter les exigences fondamentales de l'intérêt général, et qu'il faudra sans cesse tenir compte des exigences qui sont normalement contraires du propriétaire d'une part, de l'intérêt général d'autre part (6). L'idée de domanialité publique, c'est-à-dire l'idée suivant laquelle un ensemble de biens est soumis à un régime particulier, exorbitant du droit commun, signifie essentiellement que ces biens seront administrés différemment, dans un but qui sera constamment l'intérêt général. Les termes normalement utilisés pour l'administration des biens changent tous de sens et même de perspective, au point qu'il est certainement préférable, pour éviter les confusions, d'utiliser des termes différents ou même de conserver la terminologie classique.

c) *La police de la conservation.*

Nous avions écarté l'idée d'une police de la conservation du domaine public, aussi bien au niveau du vocabulaire qu'à celui du fond de l'idée (au point de vue juridique).

L'idée de conservation est, en effet, une idée *sui generis*, en ce sens que reconnaître à l'administration le pouvoir d'organiser une « police » de la conservation, c'était dire que la protection matérielle du domaine pouvait faire l'objet d'une protection pénale « active ». Il fallait dès lors admettre que la conservation était un élément de la protection de l'ordre public — ce qui est le cas en général pour la voie publique — ou bien qu'une telle police est inconcevable comme police : ce qui est finalement le cas de toutes les dépendances domaniales qui ne sont pas de la voie publique. Cette manière de voir se révèle assez commode car elle permet de fixer en même temps les limites de la police exercée en vue de la conservation du domaine. Mais elle permet aussi, sur le plan théorique, d'établir *l'unité* du pouvoir de police sur le domaine public, avant de passer à son exclusivité qui se présente en réalité, sous une forme de *prédominance* très poussée.

d) *Police et gestion.*

On a voulu faire de la police et de la gestion deux activités concurrentes. Puis en une deuxième étape, police et gestion ont été considérées comme deux activités dont il est devenu de plus en plus difficile de faire le départ.

Sur le domaine public cette opposition prend des aspects très particuliers, car elle concerne finalement le mode d'utilisation du domaine par les particuliers, aussi n'a-t-on pas assez souligné, à notre gré, à quel point l'adoption du système de la gestion modifiait complètement la situation dans laquelle se trouvent les très nombreux utilisa-

(6) Il faut rappeler que la disparition signalée des intérêts privés de l'administration s'est effectuée par incorporation de ces intérêts privés dans l'intérêt général, tout comme le rapprochement du domaine privé et du domaine public s'effectue par « publicisition » du premier, non inversement.

teurs quotidiens du domaine, que ce soit d'ailleurs à titre de permissionnaires de voirie ou de permissionnaires de stationnements. Il ne s'agissait donc pas tant de rejeter complètement l'idée de gestion — ce qui n'aurait guère eu de sens — mais de la ramener à de justes proportions et d'indiquer en particulier que si gestion et police peuvent coexister sur le domaine public, c'est pour la seule raison qu'elles ne se déploient pas dans la même sphère. La gestion est l'activité interne à l'administration, la police est l'activité externe, en ce sens que c'est celle qui est perceptible par le particulier usager ou candidat usager du domaine. Dans cette troisième partie nous aurons encore à montrer de manière plus explicite comment la coexistence de ces deux catégories est impossible, dans la mesure où on les met sur un même pied, c'est-à-dire dans la mesure où elles se déroulent dans une même sphère, ayant les mêmes buts, s'exerçant dans les mêmes conditions, etc.

CHAPITRE PREMIER

La prédominance du pouvoir de police sur le domaine public : point de vue nécessaire.

Le pouvoir de police se trouve « en concurrence » avec les formes nouvelles du pouvoir de gestion du domaine public. Il s'agit de montrer que cette concurrence n'est pas possible, car dans la mesure où police et gestion ont le même but, but que l'on peut qualifier d'ordre public ou plus exactement d'intérêt général, il n'y a qu'une technique possible d'intervention. Il faut, en effet, bien voir que cette dualité de techniques qui serait ici possible serait assez curieuse puisqu'elle conduirait, s'agissant d'un régime unique (le domaine public), à des actes ayant le même but (ordre public).

L'étude sera donc menée en deux étapes :

Section I : L'unité de but : l'ordre public.

Section II : L'unité de technique : la police.

Section I

L'UNITE DE BUT : L'ORDRE PUBLIC

Il convient, en effet, de se demander si le but poursuivi par la police est le même que celui de la « gestion » du domaine ou que la police de la « conservation ». Devant une très apparente diversification entre intérêt général, ordre public et ordre public économique, il s'agit de faire le point et de montrer qu'en fait les divers motifs d'intervention n'obéissent qu'à un seul et même but qui est toujours celui de l'ordre public.

Si la police est naturellement toujours exercée dans l'intérêt de l'ordre public, le Conseil d'Etat, dans les derniers arrêts importants en

matière de domanialité, insiste sur le fait que la gestion s'exerce toujours en vue de l'intérêt général (1) ; enfin, de nombreux auteurs avancent depuis quelques années l'idée d'ordre public économique. Il d'examiner ces divers motifs d'intervention indiqués, pour finalement montrer l'unité profonde.

Nous consacrerons deux paragraphes à cette étude, le premier aux rapports entre l'intérêt général et l'ordre public, le second aux rapports entre l'ordre public et l'ordre public économique.

§ 1. — Ordre public et intérêt général.

Ces dernières années, la doctrine a été amenée à s'interroger de plus en plus sur les rapports entre intérêt général et ordre public. Déjà nous avions vu, en étudiant l'évolution du régime des permissions de voirie, que le Conseil d'Etat avait généralisé la notion d'intérêt général, où une partie de la doctrine avait cru voir l'amorce d'une véritable modification de ce régime et finalement le signe du passage du régime de la police à celui de la gestion, comme si l'ordre public fournissait le critère de la police et l'intérêt général celui de la gestion.

Le véritable problème revient donc, on le voit, à se demander dans quelle mesure l'intérêt général peut être considéré comme fournissant un critère différent de celui de l'ordre public.

L'arrêt Taillandier a en quelque sorte cristallisé la nouvelle manière de voir et les commentateurs ont voulu voir dans l'affirmation par le Conseil d'Etat de la primauté de l'intérêt général une nouveauté.

L'affirmation de cette nouvelle conception s'est développée sur deux points :

— *d'une part*, on montre qu'il ne saurait y avoir d'intérêt privé de l'administration, que toutes les activités de l'administration sont organisées en vue de l'intérêt général (2). M. Martres, après avoir fort justement remarqué que si l'intérêt général mérite d'être considéré comme « le fondement de toute intervention administrative... il n'en acquiert pas pour autant un contour plus net » (3), peut cependant déduire que « le but patrimonial ne peut s'assimiler à l'intérêt privé

(1) Notamment dans les arrêts « Sté Nationale d'Editions cinématographiques » et « Commune de St-Brévin-des-Pins », précités, dans ce dernier arrêt l'idée d'intérêt général prend même une importance très grande, puisque l'intérêt général peut fixer des limites précises à la délivrance des permissions de voirie. M. Waline, dans sa note à la R.D.P. 1963, précitée, pose d'ailleurs le problème en termes d'obligation de révocation des permissions de voirie, en cas de non-conformité à l'intérêt général : on remarquera que la non-conformité éventuelle résultait en l'espèce d'une entrave à l'usage de la plage par les baigneurs et promeneurs causée par les bouchots à moule. Cet usage « normal » de la plage n'est-il pas considéré, au même titre que la circulation sur les voies publiques comme un élément de l'ordre public ? (cf. l'arrêt « Ville de Sarreguemines », précité, 1931).

(2) Cf. notamment l'article de M. Vedel précité dans les Mélanges Mestre ; ainsi que l'article de M. Auby (E.D.C.E. 1958) et celui de M. Watrin.

(3) Cf. Martres, *op. cit.*, T. I, p. 54.

de l'Administration » (4) formule assez ambiguë, mais qui a tout le moins laisse ouverte la possibilité du contrôle du détournement de pouvoir dans un intérêt patrimonial ou financier, puisque ceux-ci ne se confondent pas automatiquement avec l'intérêt général. Cependant, M. Martres ajoute que « cette analyse, dont le mérite est de souligner l'unité des motifs d'intervention de l'Administration, permet en outre de conclure définitivement que l'Administration accomplit ici encore une mission d'intérêt général et que la gestion de ces biens en est inspirée de façon permanente » tout en précisant que selon lui cette remarque, selon laquelle la gestion est assurée dans l'intérêt général, ne modifie en rien la gestion. Cette affirmation nous paraît d'ailleurs très discutable, l'affirmation du couple gestion publique-gestion privée n'en est-elle pas la meilleure preuve ? Enfin, c'est précisément sur le domaine public que la gestion trouve ses limites les plus impératives par la notion d'intérêt général ainsi que le rappelle le Conseil d'Etat, notamment dans son arrêt « Commune de Saint-Brévin-les-Pins », selon une jurisprudence constante (cf. « Ville de Sarreguemines », précité). Les remarques de M. Martres nous paraissent, dans cette optique, d'autant plus discutables que M. Martres insiste à plusieurs reprises sur la distinction entre l'intérêt financier et patrimonial et l'intérêt économique;

— *d'autre part*, on aboutit, nous semble-t-il, à une certaine ambiguïté ou du moins à certaines confusions. L'origine en est une conception nouvelle de l'intérêt général, conception que l'on peut qualifier de « positive », c'est-à-dire une conception qui fournit désormais le critère actif de l'intervention de l'administration, par opposition à l'ancienne conception qui paraissait plus négative et essentiellement plus contentieuse (5). C'est celle utilisée par le juge lorsqu'il examine la légalité d'un acte qui lui est déféré. Le juge s'il a à se prononcer sur la légalité du but poursuivi par l'agent administratif se posera le problème de la conformité à l'intérêt général, comme il peut se demander dans certains cas si le but poursuivi a bien été un but d'ordre public.

C'est dans cet ordre d'idées que M. Martres conclut à la substitution d'une conception de l'intérêt général à une autre qui modifie le fond du droit, sans toutefois détruire les vieux cadres juridiques issus de la première conception (6). S'interrogeant dès lors sur la distinction entre l'intérêt général et l'ordre public, M. Martres, après avoir souligné que l'on ne peut réduire la police au seul ordre public « puisque l'Administration détient une police qui s'exerce en vue de la conservation du domaine » (7), se demande si l'ordre public n'est pas en quelque sorte la forme que prend l'intérêt général lorsqu'il s'agit

(4) *Op. cit.*, p. 128.

(5) Cf. par exemple, sur les deux sens du mot intérêt général, un passage précité de l'ouvrage de M. Moderne, T. III, p. 74 qui oppose la conception sociologique de l'intérêt général à la conception juridique.

(6) MARTRES, *op. cit.*, pp. 55-56.

(7) *Op. cit.*, pp. 57-58.

de fonder l'activité de la police, car il serait difficile de voir dans l'intérêt général le trait marquant de la police. Cependant, M. Martres pense que la distinction entre l'intérêt général et ordre public n'est pas de pure forme, le premier fonde et explique le second, celui-ci constituant la technique permanente, par opposition à celui-là.

On le voit cette distinction entre ordre public et intérêt général n'est pas simple, il est d'ailleurs curieux et tout à la fois révélateur, qu'aucune étude d'ensemble n'ait été consacrée à cette importante notion. En ce qui nous concerne, nous regrouperons nos remarques autour de deux questions qui nous paraissent primordiales pour la suite de notre étude. D'une part, les rapports de la notion « contenticuse » de l'intérêt général et de l'ordre public, d'autre part, la signification de la notion d'intérêt général sur le domaine public.

a) Rapports entre intérêt général et ordre public.

Reprenons l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » du 20 décembre 1957. Nous savons que dans cette espèce il s'agissait de l'interdiction de vendre certaines revues pornographiques. Il s'agit là incontestablement d'un motif tiré de l'ordre public et c'est bien ainsi que les commentateurs l'ont tous interprété, en soulignant que dans la gestion du domaine l'administration pouvait poser des interdictions tirées de l'ordre public (8). Il faut cependant remarquer que dans l'arrêt lui-même l'ordre public n'apparaît pas : le Conseil d'Etat se contente de qualifier la mesure intervenue de mesure prise dans l'intérêt général, ce qui est d'autant plus étonnant que dans le considérant qui se réfère à ce motif d'intérêt général, le Conseil d'Etat renvoie expressément à l'arrêté du Préfet de la Seine en date du 31 mars 1945 portant réglementation des kiosques à fleurs et à journaux, ainsi rédigé : « sont notamment interdites... l'exposition et vente de toutes publications... qui seraient considérées par l'administration comme contraires à la décence, aux bonnes mœurs et à *l'ordre public* ». C'est dans cet ordre d'idées que M. P. Bernard peut écrire que « la notion d'ordre public peut être mise en œuvre par l'autorité de police ou par l'autorité chargée de la gestion du domaine » (9).

M. P. Bernard insiste cependant sur la différence qui sépare, selon lui, l'ordre public de l'intérêt général. Il écrit : « l'ordre public ne se confond pas avec l'intérêt général qui constitue la condition positive de la légalité de l'action administrative... l'intérêt général recouvre toutes les activités administratives sans distinction, c'est le but permanent de tout acte administratif. Par contre, l'ordre public implique un certain régime caractéristique conditionné par la survenance de certaines circonstances... l'ordre public est une catégorie de *l'intérêt général* », et cela paraît d'autant plus vrai, souligne M. Bernard,

(8) Cf. notamment le commentaire de M. Rouyer-Hameray (précité) ainsi que celui de M. Mimin (précité).

(9) P. Bernard, *op. cit.*, p. 52.

que l'intérêt général n'est même plus un véritable monopole de l'Etat, puisque certaines personnes privées sont considérées comme poursuivant le même but que des entreprises publiques, alors qu'au contraire, la notion d'ordre public est un monopole de la puissance publique (10).

Cette analyse paraît séduisante; elle permettrait de considérer l'ordre public comme un élément d'une catégorie plus vaste, l'intérêt général. C'est d'ailleurs, même non formulée, l'opinion moyenne des juristes. Certes, la compétence en matière de police et de gestion traduit bien cette distinction. Ainsi, la S.N.C.F. qui a la « gestion » du domaine public ferroviaire ne peut, en principe, délivrer de permissions de voirie, elle ne peut, dans la grande majorité des cas, que procéder par la voie contractuelle; pour la voie unilatérale — sauf exceptions — elle doit passer par le préfet (11). L'autorité qui délivre la permission de voirie doit néanmoins consulter la S.N.C.F. Pourtant, on le remarquera, la « gestion » comprend l'intérêt général, le régime des permissions de voirie a lui aussi, depuis longtemps, fait sa place à l'intérêt général. Il y a là quelque chose de troublant et d'apparemment inexplicable. Les rapports entre l'ordre public et l'intérêt général ne sont pas aussi simples qu'on le dit.

C'est ici le lieu de rappeler ce que nous avions indiqué dans la première partie lorsque nous avions étudié la police et son but fondamental, l'ordre public. De nombreux auteurs, dont très particulièrement M. P. Bernard, ont en effet fort justement montré que la notion d'ordre public n'était plus — tant s'en fallait — la simple absence de désordre à laquelle, on le sait, Hauriou avait tendance à la réduire. Nous avions essentiellement insisté sur l'idée d'adaptabilité de la police administrative, cette adaptabilité nous semblant provenir essentiellement de la souplesse de la notion d'ordre public. Or ce que l'on a pu appeler la grande transformation de la notion d'ordre public, c'est précisément le passage de la conception strictement passive (anti-désordre) à une conception active que, par exemple, M. Bernard qualifiera de recherche de « l'aménagement harmonieux ». En d'autres termes, l'ordre public a comme utilité de permettre d'établir une certaine ligne générale d'action à la police administrative. Dans certains cas, cette novation ira même tellement loin que certains auteurs en viendront à parler, par exemple, d'ordre public économique, problème que nous examinerons dans le paragraphe suivant.

Or ce caractère positif de l'ordre public va, nous semble-t-il, se traduire par la notion d'intérêt général qui permet, mieux que l'ordre public, de véhiculer le caractère positif de cette intervention qui peut être celle de la police administrative et pas seulement de la gestion. Il n'y aurait donc, à vrai dire, pas de différence réelle entre ordre pu-

(10) *Op. cit.*, pp. 263-264.

(11) Cf. notamment JANSSE, *op. cit.*, p. 341, n° 35 (Annexe). Cf. aussi VANDORPE (Françoise) : « L'occupation privative du domaine public des chemins de fer », Thèse, Lille, 1960.

blic et intérêt général, spécialement, il faut le préciser, sous l'influence des transformations que connaît la notion d'ordre public. Le cadre est donc resté le même. En particulier, il faut remarquer que le Conseil d'Etat préfère utiliser l'expression d'intérêt général, spécialement dans la recherche du détournement de pouvoir, alors même que c'est sur la notion d'ordre public qu'il eût fallu, en théorie classique, se baser. Si M. Bernard veut établir à tout prix une distinction entre ordre public et intérêt général, cette dernière catégorie constituant « la condition positive de la légalité de l'action administrative », on ne voit plus guère la différence qui peut subsister lorsque ce même auteur en vient à montrer que l'on peut finalement assimiler l'ordre public à un ordre social (cf. p. 274 de son ouvrage et sq.), un ordre social très large comprenant comme éléments fondamentaux : la paix publique, la disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple et le bien public...

Dans son sens juridique, la notion d'intérêt général ne peut donc être réellement dissociée de l'ordre public et cela plus encore, ainsi que nous allons essayer de le montrer, lorsqu'il s'agit du domaine public.

b) L'intérêt général sur le domaine public.

Contrairement à ce que l'on a soutenu dans certains commentaires sur l'arrêt « Demoiselle Taillandier » la notion d'intérêt général, dans le régime des permissions de voirie, n'est pas une innovation, pas plus d'ailleurs de l'arrêt « Taillandier » lui-même que de quelque arrêt antérieur, puisqu'il suffisait de se reporter à la loi du 5 avril 1884 qui prévoyait que « les permissions de voirie à titre précaire ou essentiellement révocable sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du maire et ayant pour objet notamment l'établissement dans le sol de la voie publique des canalisations destinées au passage ou à la conduite de l'eau ou du gaz, peuvent en cas de refus du maire non justifié par *l'intérêt général*, être accordées par le préfet ». Ce passage connu, extrait de l'article 99 (nouveau) du Code de l'administration communale, paraît assez significatif. Il faut néanmoins ajouter que la technique de substitution qu'il prévoit est en elle-même assez caractéristique, puisque de façon générale, la substitution ne peut avoir lieu que dans des cas assez rares qui touchent pratiquement à l'ordre public. De plus, on omet trop souvent de souligner que ce passage qui prévoit les pouvoirs du maire pour délivrer les permissions de voirie ainsi que les permissions de stationnement et sur lequel on veut faire reposer les pouvoirs de gestion du domaine (12) par opposition aux pouvoirs de l'article 97 qui sont les pouvoirs de police « pure », se trouve, comme celui-ci, dans le chapitre du Code de l'administration communale consacré à la police (dispositions générales) bien d'autres passages étant consacrés à la gestion.

(12) Cf. notamment la chronique de M. Lavigne précitée ainsi que l'article de M. Kovar.

Mais, en jurisprudence aussi, la référence à l'intérêt général n'est pas nouvelle. Dans l'arrêt « Bouchardon », précité (13), le Conseil d'Etat reconnaît aux maires, en vertu de leur droit de régler tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage sur la voie publique, le pouvoir de « limiter dans *l'intérêt général* le nombre des entreprises de voitures publiques » (14). La mise en relation des motifs d'ordre public et de l'intérêt général est ici flagrante. Elle prend, en effet, sur le domaine public une signification toute particulière : nous avions, en effet, signalé que l'on avait assimilé la protection de la viabilité — en somme la protection de l'affectation — à un intérêt d'ordre public : le passage à l'intérêt général n'est pas ici le franchissement d'un pas nouveau, les termes de l'espèce Bouchardon sont tout à fait révélateurs à cet égard.

L'introduction de la référence à l'intérêt général date approximativement de cette époque : si l'on se réfère, par exemple, à la très célèbre affaire Lesbats (15) on y relève que : « le droit de régler l'entrée, le stationnement et la circulation des voitures publiques ou particulières dans les cours des stations dépendant des stations de chemins de fer (...) ne doit s'exercer que dans un intérêt de police et de service public », alors même que dans les conclusions qu'il présentait sur cette affaire le commissaire du gouvernement L'Hôpital utilisait cette formule : « *l'intérêt général est le but.* Le monopole est le moyen pour l'atteindre. Le pouvoir de police est le procédé pour constituer le monopole. Nous rendons hommage aux intentions, nous ne saurions admettre ni le monopole, ni le procédé ». Encore pourrait-on objecter, qu'il s'agit ici de police à proprement parler, c'est-à-dire d'occupations sans emprise alors que les pouvoirs de l'administration seraient plus grands en cas de modification de l'assiette du domaine.

Il faut souligner que d'une part, la distinction entre occupations sans emprise et avec emprise a été essentiellement élaborée pour des raisons financières, alors que l'on ne songeait pas encore à distinguer entre diverses catégories de pouvoirs (16). D'autre part, la théorie de la gestion, dans son état le plus moderne, revient elle aussi à une unification des pouvoirs, mais en quelque sorte inversée, puisque désormais c'est l'ensemble des pouvoirs qui est considéré comme « gestionnaire ».

Quel est le résultat de ce mouvement ? Il aboutit à renforcer la ressemblance des deux régimes, puisqu'il apparaît désormais que l'in-

(13) 2 août 1870, Rec. p. 970 ; cf. aussi une espèce « Barthelemy », du 19 mai 1865, Rec. p. 537, conclusions Aucoc ; cf. aussi « Anjouvin », précité (Cass. Chambres Réunies, 24 février 1858, D. 1858.I.256).

(14) Cependant le maire ne peut utiliser ce pouvoir pour assurer l'exécution d'un contrat attribuant le monopole à une Compagnie ; la solution, bien entendu, ne serait plus la même aujourd'hui (cf. « Autobus Antibois ») mais l'instrument technique permettant l'évolution est resté le même, c'est-à-dire l'intérêt général qui prouve son adaptabilité.

(15) 25 février 1864, Rec. p. 209, concl. L'Hôpital.

(16) Avis du Conseil d'Etat du 30 novembre 1882.

térêt général dans les permis de stationnement a été admis avant même que la loi ne le consacre pour les permissions de voirie proprement dites ! Pourtant, ainsi que nous l'indiquions, le commissaire du gouvernement Guldner continue de considérer le permis de stationnement comme un acte de police.

L'intérêt général a donc conquis l'ensemble du régime des permissions de voirie : si le schéma traditionnel (schéma d'ailleurs tout à fait correct) présente le régime de la permission de voirie à l'époque classique comme étant un régime de police et d'intérêt du domaine, on oublie parfois qu'à l'origine seul compte l'intérêt du domaine auquel s'ajoute très rapidement un intérêt de police. A l'heure actuelle, après l'évolution qui vient de la querelle des gaziers et des électriciens et qui passe par les arrêts cités, si l'on ne parle pas de gestion, à tout le moins il faut considérer l'intérêt général, avec tout ce que cette formule a de — volontairement sans doute — vague. Mais le simple fait qu'à l'occasion des permissions de voirie, les tribunaux administratifs acceptent de contrôler — sans grande chance de succès à vrai dire — le moyen tiré du détournement de pouvoir, montre bien si besoin en était, qu'il ne s'agit pas là d'une formule vide de sens ou d'un quelconque blanc-seing total en fauveur de l'Administration; il n'y a pas de véritable présomption de légalité. Il y a bien un problème, réel celui-là, qui est le pouvoir de l'Administration en matière d'interventionnisme économique et de son implantation sur le domaine public, mais cela dépasse le simple cadre de l'intérêt général.

Comment apparaît, dès lors, cet intérêt général ? Juridiquement il prend une certaine signification. En effet, dans la délivrance des permissions de voirie, l'Administration ne possède pas de véritable pouvoir discrétionnaire, elle doit constamment agir en vue de l'intérêt général; cette formule relativement compréhensive va permettre un contrôle du juge sur les motifs poursuivis par l'administration. Ainsi s'explique cette formule utilisée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Société industrielle des schistes dérivés » (17), formule qui avait beaucoup intrigué les commentateurs, selon laquelle l'administration doit « rechercher dans chaque cas particulier, non seulement si les intérêts proprement dits du domaine dont *elle a la garde* sont ou non conciliables avec l'admission de la demande dont elle est saisie, mais encore si cette admission ne serait pas de nature à compromettre la sauvegarde *d'autres intérêts de caractère général*... (qu')il résulte des pièces du dossier que ces motifs s'inspirent uniquement du souci de n'agir qu'en conformité de *l'intérêt général* ». Cet arrêt dont M. Waline dit qu'il est « soigneusement motivé » n'a pas constitué le passage à la gestion du domaine, mais en réalité, il y a eu comme une sorte de quiproquo autour de la notion d'intérêt général qui semble employée dans au moins deux sens différents. En réalité, il nous semble que le Conseil d'Etat n'a pas voulu faire autre chose, que par un arrêt qui est incontestablement un arrêt de principe (encore qu'on pourrait se de-

(17) 5 mai 1937, Rec. p. 897.

mander comment il se fait qu'il soit passé inaperçu) affirmer le caractère global de la notion d'intérêt général, alors déjà que cette notion représentait, ainsi que nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, une sorte de face positive de la notion d'ordre public. C'est certainement très volontairement que la substitution a été opérée de manière insensible et sans revirement brusque, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs l'incertitude qui règne en doctrine sur la datation exacte du passage au système de la gestion. On peut dire que cette manière de concevoir l'intérêt général apparaît, dès lors, comme étant une maximisation de l'ordre public. Le schéma explicatif de M. Watrin montrant qu'il y avait superposition de la gestion et de la police, s'avère intéressant, mais en fait uniquement comme explication, non comme fondement juridique; on peut certes appeler « gestion » ces éléments surajoutés à l'ordre public *stricto sensu* (classique) mais il faut bien voir qu'il ne peut s'agir que d'éléments surajoutés, accessoires au point de vue juridique, même si, cela est clair, dans la décision de l'administration ce sont eux qui pèsent le plus.

On aura un exemple de cette manière de voir dans le régime des distributeurs d'essence qui sera examiné de manière plus approfondie plus loin. Lorsque l'Administration va délivrer une autorisation de voirie pour l'implantation de distributeurs (dans le système classique) elle se base uniquement sur des considérations de police, qui ont pu être entendues de manière de plus en plus large. Mais il serait faux de dire, ainsi qu'on a cru pouvoir le faire, que la permission de voirie soit devenue un instrument de politique économique. Il s'agira uniquement de considérations que l'on pourrait qualifier de « *locales* » : par exemple, l'administration, à partir d'un certain chiffre (apprécié bien entendu par le juge) pourra refuser de délivrer des permissions dans une certaine zone, mais le motif sera un motif d'ordre public, non un motif économique tel que, par exemple, celui de mettre sur pied une économie pétrolière concurrentielle dans le Marché Commun. Il n'y aura rien de systématique dans ce régime qui reste classique à souhait. On retrouve ce régime à l'heure actuelle s'agissant de l'implantation des stations-service. Pour obtenir l'autorisation nécessaire à l'ouverture d'une telle station, il faudra d'abord présenter une autorisation de la Direction des Carburants qui vise l'autorisation au point de vue de la politique économique : c'est ce principe qui était attaqué par les Sociétés pétrolières dans les requêtes qui ont donné naissance à l'arrêt du 19 juin 1964 (Société des Pétroles Shell-Berre et autres, précité). Mais l'obtention de cette autorisation « économique » ne préjuge en fait nullement de l'autorisation de voirie qui peut être nécessaire : on voit donc comment le champ de cet « intérêt général » se réduit, comme il s'est réduit en matière de transports en commun.

Nous pensons donc que la poursuite de l'intérêt général et celle de l'ordre public ne constituent donc en fait qu'un seul et même but et cela spécialement sur le domaine public. Sur ce domaine, en effet, le trouble à l'ordre public peut être causé de manière indirecte beaucoup

plus facilement qu'ailleurs; d'autre part, la notion d'intérêt général ne donne pas à une activité de l'administration une originalité juridique assez grande, celle-ci ne peut en avoir que par une référence à la notion d'ordre public, qui en fait, est toujours au moins sous-entendue. Mais il faut encore, avant de conclure définitivement à l'unité des motifs d'intervention, se pencher sur le problème des buts économiques et plus exactement sur la notion dont le succès va croissant d'ordre économique.

§ 2. — Ordre public et ordre public économique.

L'expression d'ordre public économique connaît, à l'heure actuelle, une vogue incontestable et grandissante. On en attribue généralement la paternité à G. Ripert dans la contribution qu'il a donnée aux Mélanges Gény (18). En fait, à l'époque où écrit G. Ripert, on assiste à un relatif bouleversement économique qui atteint les structures juridiques et on trouve çà et là des remarques de cet ordre ainsi, par exemple, dans la note bien connue de R. Alibert sous deux arrêts du Conseil d'Etat (Compagnie des Trams de Sète et Dupouy) (19). Alibert y insiste sur les aspects économiques de l'action administrative et traite du développement des « services publics de l'ordre économique ».

Mais c'est essentiellement après 1945 que vont se multiplier les études dans lesquelles il est fait référence à cette notion nouvelle d'un ordre public économique. Les développements les plus substantiels se trouvent avant tout chez M. Malaurie (20), chez M. Farjat (21), dans deux chroniques de M. Savatier (22) et enfin dans la thèse de M. Martres (23). On remarquera la prédominance des travaux de droit privé sur les travaux des publicistes.

a) L'ordre public économique en droit privé.

Il faut s'y arrêter quelque peu parce que le concept d'ordre public économique diffère sensiblement dans l'utilisation qu'en font les privasistes de celle qu'en font les publicistes.

Pour les privatistes, en schématisant un peu, on peut dire que l'ordre public économique se ramène essentiellement à l'étude de certaines restrictions imposées à la liberté contractuelle. M. Savatier ré-

(18) « L'ordre économique et la liberté », Mélanges Gény sur les sources du droit, T. II, p. 347.

(19) « Cie des Trams de Sète », 7 décembre 1928 et « Dupouy », 19 juillet 1929 au S. 1930.3.1.

(20) « L'ordre public et le contrat », Thèse, Paris, 1951, imprimée en 1953, cf. notamment les pages 55 à 60.

(21) « L'ordre public économique », Thèse, Dijon, 1961, Biblioth. de droit privé, T. 37.

(22) « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », Chron. D. 1961, p. 117 ; et « L'ordre public économique », Chron. VI, D. 1965, p. 37.

(23) Précité.

sume parfaitement cette analyse en ces termes : « il faut réserver le terme d'ordre public économique aux contraintes imposées à la liberté contractuelle par la doctrine économique au pouvoir » (24). M. Savatier reproche précisément à M. Farjat « d'avoir donné à l'ordre public économique un contenu trop large ».

M. Carbonnier (25) distingue, lui, entre un ordre public économique de protection (qui est encore du domaine de l'individuel) et un ordre public économique de direction qui se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en « éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait contrarier cette direction ». Dans les deux cas cependant, si le contenu de l'ordre public économique est quelque peu différent quant aux fins qu'il poursuit, on remarque que la technique (juridique) est la même : il s'agit de règles limitatives de la liberté individuelle en matière de contrats, en quoi cette technique reste parfaitement conforme à la définition du Code civil qui en son article 6 prohibe les clauses contraires à l'ordre public : plus encore cependant, c'est bien entendu l'article 1134 qui est spécialement visé : les conventions illégalement formées seront donc nulles.

On le voit, pour les privatistes ce qui joue avant tout ce sont les restrictions à la liberté de contracter. Cela n'a d'ailleurs rien d'étonnant puisque la technique fondamentale du droit privé est la technique contractuelle. Mais on voit mal quelle originalité qualitative on peut reconnaître à cette notion : les interdictions tenant à l'ordre public sont, en effet, nombreuses et anciennes en droit privé. Certes, il y a eu multiplication des cas de clauses d'ordre public à caractère économique, mais il n'y a rien dans la technique même qui permette de traiter de l'apparition d'une catégorie nouvelle. Il s'agit encore une fois d'une explication certes judicieuse, mais non d'une réalité nouvelle.

b) L'ordre public économique en droit public.

Chez les publicistes l'ordre public économique va prendre un sens différent. On remarquera d'abord que l'expression d'ordre public économique est relativement moins usitée.

C'est certainement M. Martres qui s'est le plus longuement et le plus complètement penché sur cette notion d'ordre public économique (26), par le biais de la police économique qui constitue l'objet même de son étude. La police économique est définie par M. Martres comme étant « la réglementation d'activités économiques dans le but de créer et de faire respecter l'ordre public économique » (27). Mais

(24) Chronique précitée au D. 1965, p. 38.
(25) « Droit civil », P.U.F., 1957, T. II, p. 388.
(26) Nous avons déjà signalé cependant que M. Auby explique certains arrêts par la notion d'ordre public économique, notamment l'arrêt « Sté des Autobus Antibois » (Cours de droit administratif, 2e année, 1953-54, édit. Tex, p. 152).
(27) *Op. cit.*, T. I, p. 91.

la distinction proposée par M. Martres ne nous paraît pas très claire; selon M. Martres il faut, en effet, distinguer la police économique des lois spéciales dans le domaine économique : une loi peut avoir un objet économique et rester conforme à la conception classique de l'ordre public (28) et M. Martres en donne pour exemple la réglementation des halles et marchés (29). Certes, on comprend fort bien le souci de M. Martres qui, voulant établir l'originalité de la notion d'ordre public économique — et l'on sait que c'est là le fond même du problème — essaie de dégager les éléments classiques des éléments nouveaux. Mais en fait la distinction devient, dès lors, purement artificielle : l'une des utilités de la notion d'ordre public économique serait précisément de pouvoir regrouper autour d'une notion générique l'ensemble des interventions économiques de l'Etat, si on soustrait certaines de ces interventions au motif qu'elles s'expliquent par l'ordre public classique, on s'expose à ôter toute signification à la notion d'ordre public économique et par là même à la réduire à une notion « pédagogique » mais non scientifique.

M. Martres indique ensuite que l'ordre public économique correspond à la prise de conscience que le libéralisme n'est pas suffisant pour assurer la paix sociale, et que seule l'intervention étatique peut porter remède aux déséquilibres économiques et sociaux. Or il s'agit là, nous semble-t-il, d'un point de vue qui trouve toute justification au point de vue économique, non au point de vue juridique. En réalité, il apparaît que c'est à cause des risques de troubles sociaux que sont intervenues des lois économiques et qu'intervient l'administration dans des secteurs qui lui étaient autrefois tout à fait proscrits, sauf en période de crise. Il s'agirait bien là de ce que M. Martres appelle lui-même des « troubles économiques à l'ordre public » qu'il oppose très justement, sans cependant en tirer les conséquences qui s'imposent, aux troubles à l'ordre public économique (30).

La méthode nous paraît, en effet, curieuse qui consiste en un premier temps à fixer des règles économiques d'ordre public, à qualifier ensuite l'ensemble d'ordre public économique, à qualifier enfin le trouble de trouble à l'ordre public économique : dira-t-on dès lors que le fait de faire circuler un service de transports en commun (avant le décret-loi de 1934) constitue une infraction à la législation économique : nullement, bien entendu, dans la mesure où cette législation n'existe pas. Dans le second temps, c'est à l'idée de dirigisme qu'il faut faire appel, idée *économique*, où cependant la technique juridique ne varie pas. Certes, l'intérêt de la distinction est grand car il permet d'opposer le but financier pur au but « économique » : si l'on reprend l'espèce « Autobus Antibois » on verra que cet arrêt peut

(28) *Op. cit.*, p. 92.

(29) L'exemple nous paraît fort bien choisi, mais il nous semble qu'il y ait une certaine contradiction de la part de M. Martres par rapport à sa position sur le jugement du Tribunal administratif de Bordeaux « Froment » qui ne relevait pas de la police, mais de la « gestion ».

(30) *Op. cit.*, p. 126, note 2.

fort bien s'expliquer par un trouble économique à l'ordre public. L'ordre public a ceci de commode qu'il permet d'intégrer toutes les catégories de troubles.

L'ambiguïté fondamentale de la notion d'ordre public économique apparaît donc clairement, spécialement en ce qui concerne le droit administratif : si l'on comprend fort bien le sens de cette nouvelle notion qui résulte d'une observation judicieuse des réalités économiques et sociales, rien ne permet d'indiquer, par contre, en quoi par exemple en matière de police administrative, l'ordre public économique peut apparaître comme un but distinct nouveau, légal pour les autorités administratives.

Dans le très vaste ensemble examiné par M. Martres qui effectue une recension très complète de la police économique, M. Martres ne manque jamais de montrer qu'avant tout l'ordre public économique comme la police économique ne peut être qu'à base de textes. C'est cette nécessité fondamentale qui explique le caractère sectoriel des interventions économiques relatives au domaine public, caractère sur lequel nous avons déjà insisté : ce n'est pas la domanialité qui fournira donc les bases juridiques de l'intervention de l'Etat, c'est la législation spéciale à l'activité considérée. Mais faute d'une telle législation ou réglementation, l'intervention — de police — ne peut être limitée qu'aux cas les plus graves, c'est-à-dire précisément à ceux mettant en cause l'ordre public.

c) Critique de la notion d'ordre public économique.

Il semble bien que la difficulté principale provienne avant tout d'une insuffisance de la notion d'ordre public. En réalité, la notion d'ordre public n'est guère plus qu'une technique juridique, sans contenu ou plus exactement à contenu variable, c'est ce qui en fait la grande commodité. Il n'y a pas de « matières » propres à la notion d'ordre public, moins encore dans la mesure où l'ordre public n'est plus simplement l'anti-désordre. Elle est avant tout la technique juridique qui, dans certains domaines précis, permet de fixer des limites à certaines activités.

M. P. Bernard, dans son étude, a magistralement montré l'unité profonde de la notion d'ordre public, qu'on la considère en matière de police administrative ou en matière procédurale. Cette unité n'est pas simplement une constatation juridique, il faut aller plus loin et dire qu'elle est nécessaire et même qu'elle n'est qu'une conséquence du rôle régulateur de la notion d'ordre public, rôle que tous les auteurs se sont plus à souligner.

L'erreur semble, dès lors, provenir d'une confusion du contenu et du contenant. Le contenant c'est la notion même d'ordre public dont l'application matérielle est par essence illimitée ou plus exactement indéfinissable. Il ne fallait donc pas assimiler, par exemple, l'ordre public de l'article 6 du Code civil aux bonnes mœurs, ou si on le faisait, il fallait respecter le parallélisme. La notion de bonnes mœurs

— quant à son contenu — est en effet avant tout jurisprudentielle : c'est le juge qui la définit, tenant compte des circonstances de temps et de lieu. Inversement la notion d'ordre public est, elle, purement légale (c'est la loi qui détermine l'application de ce que l'on pourrait presque appeler un « régime »).

Dans son étude M. Paul Bernard constate d'ailleurs que « de plus en plus nombreux sont les textes législatifs et réglementaires qui attachent à leurs dispositions le caractère d'ordre public » (31), mais force lui est aussi de constater que « si sur le plan des textes il existe un ordre public économique, que peut-on en déduire pour les pouvoirs des autorités administratives ? La jurisprudence du Conseil d'Etat répond à cette question en rappelant que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie subsiste malgré l'économie dirigée. Les restrictions ne peuvent intervenir que de la volonté expresse du législateur ou avec son autorisation » (32). Le maire, par exemple, n'a que des pouvoirs extrêmement réduits en matière économique : pour M. Bernard ceux-ci se réduisent à ce que l'on peut déduire de l'article 97 du Code de l'Administration communale, notamment « la fidélité du débit », etc.

Le danger est donc grand de voir se multiplier les « ordres publics » sectoriels : ordre public économique, politique, social, monétaire, etc. Mais cet « éclatement » de la notion d'ordre public, dénoncé à juste titre par M. Denis Tallon (33), n'est imputable qu'à ceux-là qui, après avoir parlé d'ordre public économique, ne peuvent pas ne pas verser dans l'ordre public social, etc. Suffira-t-il désormais qu'une loi intervienne en quelque matière nouvelle pour qu'on en vienne à parler, par exemple, d'un ordre public équestre ou aquatique ? C'est d'une méconnaissance du rôle fondamentalement « ouvert » et régulateur de la notion d'ordre public que naissent de telles pratiques. Il y a bien eu cette confusion entre le contenu et le contenant, entre la technique juridique utilisée et son application elle-même.

La négation d'un ordre public économique ne signifie nullement la négation d'un droit administratif économique, dont il ne faudrait pas cependant exagérer l'autonomie par rapport au droit classique. Certes, le juge, en bien des cas, va construire son raisonnement sur des considérations économiques. En ce sens M. Savatier peut écrire, relativement au domaine public, que « c'est essentiellement à des

(31) *Op. cit.*, pp. 36-40.

(32) P. 37 : il semble cependant que ces dernières années le Conseil d'Etat ait procédé à une sérieuse restriction de la liberté du commerce et de l'industrie, qui tout en restant un principe de droit positif se voit opposé avec de moins en moins de succès (cf. le compte rendu de l'ouvrage de M. Farjat par M. Ardant *in* R.D.P. 1965, p. 156), cf. aussi l'arrêt « Sté Shell-Berre et autres », du 19 juin 1964, précité.

(33) Denis Tallon : « Considérations sur la notion d'ordre public en droit français et en droit anglais », *in* Mélanges Savatier, 1965, p. 883 qui cite l'ordre public moral, pénal, monétaire, fiscal, procédural, administratif, etc. Cf. aussi chez M. Farjat, p. 34.

fins économiques que le domaine public s'est récemment et gigantesquement étendu » (*in* « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », Chron. XXII, D. 1961.117), mais cette constatation n'emporte pas cependant de conséquences définitives sur le régime du domaine public. Lorsque M. Savatier n'hésite pas à écrire que le domaine se civilise ou se commercialise « parfois au point de devenir simple actionnaire d'une des innombrables sociétés d'économie mixtes qui tiennent dans la fortune française une place de plus en plus grande » (*ibid.*), on peut craindre qu'il n'y ait une certaine confusion entre le domaine public et le domaine privé.

Si l'on ajoute à cela que pour les auteurs l'ordre public du juge n'est pas un ordre public économique (34) on est certainement fondé à rejeter pour le droit administratif l'existence d'une telle catégorie autonome. Les considérations tirées des nécessités économiques se sont certes multipliées, l'ordre public en lui-même s'est enrichi, mais on ne saurait en déduire une dénaturation ou une transformation complète. La formule de M. Mestre : « l'intérêt public a absorbé l'intérêt économique » nous paraît correspondre beaucoup mieux à la réalité juridique (35).

Pour ce qui est du domaine public, malgré la multiplication des données économiques dont nous essaierons de préciser la signification réelle, il n'est pas possible de soutenir l'existence d'une police économique à but économique exclusif : M. Martres reste même assez prudent sur ce point car il pense que la gestion pourrait être considérée comme une forme de la police économique, pour la raison notamment que ce qui fait peut-être l'utilité fondamentale de la gestion à l'heure actuelle, c'est que, par ce biais, le maire peut imposer une certaine réglementation économique qu'il ne pourrait pas imposer par le simple jeu de la police. Cela nous paraît contestable : la gestion dans cette séduisante explication se rapprocherait donc des buts d'une police économique domaniale. Il ne manque qu'un pas pour que soit franchie cette dernière étape : il n'est pas exagéré de dire que ce pas est implicitement franchi, notamment par M. Martres.

Ainsi nous paraît établie l'unité des motifs d'intervention, après laquelle il convient d'étudier la dualité des techniques de cette intervention et sa raison d'être. Mais il ne nous paraît pas inutile auparavant de réfléchir sur les rapports précis qui s'établissent entre l'ordre public, la conservation et la gestion, pour bien montrer les rapports qui s'établissent entre ces différents pôles de l'administration et de la police du domaine, dans la théorie classique.

(34) Cf. MALAURIE, *op. cit.*, p. 55, n° 75 ; de même Farjat, pp. 133-142 qui reconnaît certains pouvoirs au juge, mais des pouvoirs limités.

(35) Note sous C.E., 24 novembre 1933 « Zénard », S. 1934.3.105, concl. Detton, note Mestre.

§ 3. — Ordre public, conservation et gestion.

Il ne s'agit pas de reprendre simplement les conclusions auxquelles nous étions parvenus, en particulier sur le problème de la police de la conservation. Il s'agit beaucoup plus après un bref rappel, essentiellement d'un rapprochement de ces conclusions avec celles concernant la gestion. De l'unité de la police sur le domaine public à laquelle nous avions alors conclu, nous passerons progressivement à sa prédominance.

L'ordre public — par le biais de la viabilité — fournissait le critère et les limites de l'intervention de la police pour assurer la protection de l'intégrité matérielle de la voie publique. Certes, la notion d'ordre public a subi de nombreuses et profondes transformations, mais elle ne s'est pas dénaturée.

Comment la notion d'ordre public, fondement de la police, peut-elle être utilisée en matière de « gestion » ? La question mérite d'autant plus d'être posée de cette manière que, on le sait, quelques auteurs — dont M. Watrin, repris sur ce point par M. Martres — ont assimilé la « police de la conservation » à une forme de la gestion domaniale. M. Martres, a plusieurs reprises, semble utiliser indifféremment « police de la conservation » et « gestion ». Ainsi, lorsqu'il se demande quelle peut être l'influence de la police de la conservation sur l'économie et le commerce (cf. p. 130), il est évident que c'est à la gestion qu'il pense réellement. Il s'établit donc une confusion — entièrement volontaire — entre la police de la conservation et la gestion du domaine public. S'interrogeant sur la différence qui sépare la gestion du domaine privé de celle du domaine public, il note d'abord que ce n'est pas le but qui fournit le critère de la différence (36). Ensuite, il souligne que la gestion du domaine public n'est pas simplement un aménagement direct d'une propriété, mais concerne avant tout le statut de son occupation par des particuliers (des commerçants avant tout). Enfin, l'entretien minimum qui est à la charge du particulier qui loue un immeuble est assuré ici par la police de la conservation du domaine assorti d'une redevance, mais la gestion n'a plus de caractère patrimonial direct (37) : en effet, indique M. Martres, une jurisprudence permet de subordonner l'autorisation d'occupation du domaine public, à une condition relevant de l'ordre public (38). Certes, M. Martres s'empresse d'ajouter qu'il serait insuffisant de dire que la gestion du domaine public peut poursuivre un but d'ordre public, dans la mesure où cela signifie que la gestion du domaine n'est qu'un prétexte pour prendre des mesures qui, d'un

(36) Puisque, ainsi que l'a définitivement établi M. Auby, dans son étude précitée sur le domaine privé, l'Administration ne peut poursuivre qu'un intérêt général.

(37) T. I, p. 136 sq.

(38) Allusion à l'arrêt « Sté Nationale d'Editions cinématogr. ».

point de vue matériel, pourraient aussi bien être des arrêtés de police : l'acte de gestion n'est finalement qu'un moyen permettant au maire d'imposer certaines règles économiques aux professions occupant la voie publique, ce qu'il ne pourrait faire par la voie traditionnelle (39). La seule condition de légalité positive — il en faut toujours une — est l'intérêt général lequel, en l'espèce, se distinguera difficilement de l'ordre public, d'un ordre public étendu mais non dénaturé, sinon la seule ressource du juge serait de plonger entièrement dans le contrôle de l'opportunité, conséquence inéluctable qui n'a pas encore été assez dégagée, et que la timidité du Conseil d'Etat dans l'espèce « Simonnet » atteste suffisamment (40).

La confusion, on le voit, est donc totale. Comment la notion d'ordre public, que la jurisprudence vient expressément de réintroduire, devient-elle utilisable ici ?

Il faut d'abord rappeler l'identification que nous avons faite entre ordre public et intérêt général; l'intérêt général nous apparaissant finalement comme la forme positive de l'ordre public. Il n'est donc pas impossible, ni même arbitraire de considérer la notion d'ordre public dans le régime des permissions de voirie : elle y apparaît à de nombreux stades : dans la délivrance comme condition négative, puisque, par exemple, la permission de voirie ne peut aller à l'encontre de l'affectation de la voie, c'est-à-dire entraver la circulation, il en ira de même dans le retrait. Elle apparaît encore dans les conditions imposées aux permissionnaires, ainsi que nous l'avons vu.

Elle l'est de toute manière si l'on considère le régime de la gestion comme un régime interne non opposable à l'extérieur, en ce sens même la notion d'ordre public peut fixer l'une des limites de cette gestion qui ne pourrait atteindre là où l'ordre public est en jeu. Il suffit pour s'en apercevoir de réfléchir au rôle d'un service tel que celui des Ponts et Chaussées dans l'entretien des routes. On admettra ainsi, facilement, que si une route est en réfection, les Ponts et Chaussées n'auront pas besoin de décisions de police préalables pour établir, par exemple, un rétrécissement de la voie là où les travaux ont lieu. Par contre, on sait que pour les barrières de dégel, ce sont les préfets ou respectivement les maires qui « peuvent ordonner l'établissement des barrières de dégel » et qui « fixent les conditions de la circulation pendant la fermeture des barrières » : néanmoins, il n'est que trop évident que ce sont les Ponts et Chaussées qui indiquent à ces autorités de police quelles sont les mesures à prendre. La limite de la gestion apparaît bien fixée là encore par la notion d'ordre public.

(39) Curieusement, le seul arrêt cité, celui du 20 décembre 1957 prouverait plutôt l'inverse, puisqu'ici ce n'est pas la réglementation économique que l'administration impose, mais une condition d'ordre public !

(40) Conseil d'Etat Assemblée 10 janvier 1964 ; R.D.P. 1964, p. 182, concl. Braibant, note Waline, p. 455 ; S. 1964.234, note Auby ; D. 1964.414, note Touscoz qui insiste particulièrement sur cet aspect économique qui nous intéresse ici ; J.C.P. 1964.13574, note Blaevoet ; chronique générale de jurisprudence administrative de M. Fourre et Mme Puybasset, A.J.-D.A. 1964, p. 150.

Le régime de la gestion n'est donc pas extérieur à l'ordre public qu'au contraire il ne peut dépasser. L'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » semble caractéristique car il marque bien le rôle respectif de la gestion et de la police, en ce sens que le régime des permissions de voirie apparaît lié à la police et à l'ordre public : il aura fallu réintroduire la notion d'ordre public dans un régime de gestion qui était autrefois un régime de police, alors même que le commissaire du gouvernement Guldner indique que pour les occupations sans emprise, il en va autrement puisque, étant — selon lui — des autorisations de police !

Le but d'ordre public, quelque forme qu'il prenne, semble bien être le seul but poursuivi par les autorités administratives, encore faut-il établir — ce qui n'est même plus certain — que seule la police peut accomplir cette mission.

Section II

L'UNITE DE TECHNIQUE : LA POLICE

Deux étapes sont ici nécessaires, d'une part, il s'agit de montrer l'impossibilité de la dualité de technique juridique pour un but unique, d'autre part, il faut établir que seule la police peut effectivement réaliser ce but d'ordre public.

§ 1. — L'impossibilité de la dualité de technique pour un but unique.

a) Position du problème.

D'abord il faut bien poser le problème. Il faut se souvenir que nous raisonnons dans l'hypothèse moderne qui met sur un même plan la police et la gestion. C'est, comme nous l'avons vu, la gestion qui s'est peu à peu multipliée et a conquis l'ensemble du domaine public et des activités relatives à ce domaine, notamment les permissions de voirie. La question précise est alors de savoir, étant donné que le but est identique dans les deux cas (41), s'il est possible que l'administration puisse utiliser — à son gré — l'une et l'autre technique, ce qu'elle fait d'ailleurs effectivement. Il faut certes remarquer avec M. Martres, que l'administration se soucie en réalité fort peu de savoir si elle agit en fonction de ses pouvoirs de gestion ou de ses pouvoirs de police : il n'y a pas pour elle de problème de choix. On se demandera si la distinction n'est pas une pure distinction théorique, élaborée dans le prétoire, que l'administration peut même feindre d'ignorer; d'où cette explication « politique » de la jurisprudence que veut écarter M. Mar-

(41) Ce qui vient d'être établi *supra*.

tres qui ne pense pas qu'il faille voir dans cette jurisprudence une volonté délibérée des juges de déclarer légales le plus souvent possible les décisions de l'Administration. Le problème prenant de l'ampleur essentiellement lorsque les autorités « gestionnaires » et les autorités de police sont confondues, ce qui est le cas du maire ou du préfet, mais ne l'était pas dans l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques ». C'est pourquoi il faut bien voir que ce qu'il fallait d'abord établir, c'est comment, dans la jurisprudence récente, la gestion a été mise sur le même pied que la police. Ainsi, M. Martres écrit que « le problème du cumul par une même personne administrative de deux compétences différentes portant sur un même objet, mais ayant des buts différents, a été résolu avec souplesse par le Conseil d'Etat » se référant notamment aux arrêts « Société des ateliers de construction d'automobiles Turcat-Méry » et « de Bellescize » (42) qui nous semblent plutôt aller en sens inverse. Dans les deux cas, en effet, il y a eu annulation, l'espèce « Turcat-Méry » est même très explicite : « considérant que ledit arrêté (subordonnant la délivrance d'autorisation d'effectuer des essais de châssis automobiles à l'engagement préalable et formel de participer à la réparation ou à la consolidation des voies publiques) a été pris en vue des intérêts financiers des collectivités intéressées à l'entretien des voies publiques et que, dès lors, la Société requérante est fondée à soutenir qu'il est entaché de détournement de pouvoir » : on voit mal où est la « souplesse » dont parle M. Martres; au contraire, il s'agit d'un cas assez classique de détournement de pouvoir dans l'intérêt financier, alors même que le critère indiqué par M. Monsarrat (« tiré de l'épuisement des moyens de réfection normaux » disait Maroger) eût été applicable sans grande difficulté. Bien plus, il apparaît clairement que la limite ici encore, est fournie par la notion d'ordre public (43). Il n'y a aucune prise en considération juridique de la gestion. M. Martres note bien par ailleurs que « théoriquement le problème de la distinction entre actes de gestion et actes de police ne devrait pas se poser puisqu'il s'agit là de deux mobiles d'intervention différents qui devraient se traduire obligatoirement par des actes distincts » (Tome I, p. 130)... le problème provient de ce que du point de vue de la forme, dans la théorie moderne, un même acte peut être aussi bien un acte de police qu'un acte de gestion et que seul le juge distingue : la détermination reste délicate avant son intervention, indique même M. Martres. De cette constatation, nous ne tirerons pas les mêmes conclusions que M. Martres, car en effet, M. Martres pense que s'il est impossible

(42) Martres, p. 132 ; « de Bellescize », 12 novembre 1927, Rec. p. 1048 ; « Sté des automobiles Turcat-Méry », 27 juillet 1928, Rec. p. 969, 1re espèce.

(43) Dans l'espèce « Sté anonyme des Usines Renault » également du 27 juillet 1928, le Conseil d'Etat reconnaît qu'il « appartient aux préfets... de soumettre ces essais à toutes les restrictions que comporte *l'intérêt général* » : identification entre ordre public et intérêt général, d'autant plus que dans le considérant précédent le Conseil vient de rappeler que de tels « essais en peuvent être regardés comme constituant un usage des routes conformes à leur destination ».

de tracer une frontière nette entre la police et la gestion, la police perd de sa netteté, ajoutant que « la gestion domaniale devrait même rentrer dans la police économique dans la mesure où elle permet de réglementer l'activité de certains particuliers », ce qui est quelque peu contradictoire. Il nous semble que M. Martres voit fort bien les conséquences exceptionnelles de la gestion, conséquences que rien ne fonde, d'où cette « tentation » de la faire rentrer dans la police par le biais de la police économique (44).

Mais nous pensons que ce n'est pas la police qui, en toute hypothèse, perd de sa netteté mais la gestion. Il faut, en effet, rappeler que la police repose sur des textes précis que les juges n'ont eu qu'à interpréter et appliquer; la gestion, par contre, dans sa formulation moderne est une création de la jurisprudence, c'est elle qui, lorsqu'elle s'exerce dans des conditions qui la distinguent mal de la police, doit établir son originalité, non l'inverse.

Dès lors, l'intérêt essentiel de cette dualité de pouvoirs n'est même pas la possibilité d'imposer une réglementation économique — il ne faut pas exagérer la réalité des interventions économiques des maires, nous avons vu dans l'espèce « Froment » qu'il n'y avait pas lieu de recourir à la gestion — mais de permettre d'écarter l'application du vieux principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que de certains autres principes du même ordre, le Tribunal administratif de Bordeaux, dans son jugement « Froment » étant allé jusqu'à complètement écarter le jeu des principes généraux du droit, ce qui est une conséquence inadmissible, quoique parfaitement logique.

b) La dualité est-elle admissible dans la technique juridique ?

Le problème ne réside donc pas, comme le pense M. Martres, dans la dualité des motifs d'interventions aux mains d'une même autorité relativement au même objet, mais dans des buts différents puisque, en réalité, les buts sont identiques et se rattachent d'une manière ou d'une autre à l'ordre public. Dans la mesure, en effet, où on conçoit la gestion du domaine comme une compétence parallèle à la police, opposable aux usagers de la voie dans les mêmes conditions que la police elle-même, on est obligé d'admettre que cette gestion est soumise à des conditions de légalité positive identiques.

Le problème ainsi posé est sensiblement identique à l'un des aspects soulevé par l'étude de M. Moreau dans son récent article sur l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel (45). L'argumentation sera la même, comme M. Moreau nous ferons appel essentiellement à l'étude de M. Perrot (46).

(44) Cela paraît en tout état de cause impossible, M. Martres (cf. p. 83) posant que la police économique ne peut exister sans texte.

(45) Jacques MOREAU : « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », A.J.-D.A. 1965, pp. 3-17.

(46) Roger PERROT : « De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques », Thèse Droit, Paris, 1947, Sirey, 1951.

M. Perrot pose le problème de la manière la plus claire lorsqu'il écrit que : « Dire d'une technique qu'elle postule un résultat spécifique, c'est dire que, seule, elle est capable de produire un résultat déterminé dans des conditions données, et qu'aucune autre ne peut atteindre un résultat exactement identique (47). La technique est définie comme « un cadre rigide qui conditionne un certain résultat, et un résultat qui lui est spécifique » (p. 53). M. Perrot va même jusqu'à admettre que le but puisse évoluer, la technique restant identique à elle-même en s'adaptant et montre que lorsque la technique s'adapte, le résultat est conforme au but de l'institution, alors que dans l'hypothèse inverse, où la technique ne s'adapte pas, l'institution est déformée. Ainsi chaque technique conditionne un résultat, un résultat qui lui est propre : on ne peut concevoir deux techniques ayant le même objet, exercées par la même personne et ayant de surcroît le même but, ce qui est très exactement le cas en ce qui concerne les rapports entre la police et la gestion, s'agissant du domaine public. De plus, pour M. Perrot, les procédés techniques ne sont pas interchangeables, ce qui signifie aussi que chaque technique ne peut postuler qu'un seul résultat spécifique qui lui est propre.

Cette constatation nous paraît s'imposer avec d'autant plus de force que dans les deux cas, police et gestion, on se place sur le terrain de la décision unilatérale. Lorsque M. Moreau utilise les conclusions de M. Perrot, il ne faut pas oublier qu'il raisonne d'une part, en matière contractuelle, d'autre part, en matière de police, c'est-à-dire en matière unilatérale. La doctrine et la jurisprudence ont toujours insisté sur le caractère d'acte unilatéral de la permission de voirie : autant dire que la gestion, dans sa version moderne, n'est qu'une forme de décision unilatérale. Cette remarque ne peut qu'accroître encore la profonde parenté existant entre l'acte de police et l'acte de gestion, parenté déjà assez troublante pour que le problème du critère de distinction soit posé (48). L'acte de gestion, non seulement reste fondamentalement un acte unilatéral, mais il est aussi et avant tout un acte de puissance publique, ce que Hauriou n'avait pas manqué de souligner (49). Il n'en pourrait être autrement, en ce qui concerne le domaine public, que si on faisait définitivement de la permission de voirie un acte de propriété domaniale, conséquence que certains auteurs sont proches d'admettre s'ils ne l'ont déjà fait (M. de Laubadère), mais qui est loin d'être consacrée en jurisprudence, autant d'ailleurs qu'en législation.

Dans la mesure où police et gestion ne constituent que des techniques ayant un même objet et un même but, lorsqu'en outre elles sont réunies dans les mêmes mains, il n'y a aucune raison juridique de les distinguer, il ne s'agit que d'une activité unique. Encore faut-il éta-

(47) P. 44-45.

(48) Il est juste de souligner que la voie contractuelle se développe de plus en plus : nous consacrerons encore un paragraphe à ce problème.

(49) *In* « la gestion administrative », cf. *supra*, p. 133 sq.

blir que c'est la police qui est cette activité. Mais auparavant, il nous paraît utile d'illustrer cette manière de voir par un examen de la jurisprudence « Société nationale d'éditions cinématographiques » à la lumière de ces conclusions.

c) *L'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » et la dualité de technique pour un but unique.*

On se rappelle les faits dans cette affaire. La requête soulevait essentiellement l'incompétence du Préfet de la Seine. Comment faut-il entendre cette incompétence ? Le Préfet de la Seine était-il compétent pour interdire la vente de certains journaux dans le cadre de ses pouvoirs de « gestion » du domaine public, alors que dans le cadre des pouvoirs de police générale le Préfet de police, incontestablement, n'en aurait pas eu le droit ? Il s'agit, en effet, ici d'une police spéciale établie par la loi du 19 juillet 1949. C'est d'ailleurs bien en termes de police spéciale que de nombreux auteurs ont traité cet arrêt, notamment MM. Prosper Weil et Castagné (50). Or la police spéciale en question n'est pas entre les mains du Préfet de la Seine. Mais l'ordre public ne varie pas suivant qu'il est mis en œuvre par le Préfet de la Seine ou par le Préfet de police. On voit mal la raison qui vient justifier la légalité d'une mesure qui ne serait pas légale si elle avait été prise par l'autorité de police normalement compétente pour les atteintes à l'ordre public : il y a bien ici extension des pouvoirs de police dans le cadre de la gestion. Comment peut-on admettre que les libertés publiques soient opposables dans le seul cadre de la police, non dans celui de la gestion ?

Cette constatation est d'autant plus curieuse que, si on examine l'affaire de plus près, on s'aperçoit qu'en réalité l'administration n'avait même pas le choix. Elle était liée par les textes qui font du Préfet de la Seine l'autorité compétente pour délivrer les permissions de voirie. Il s'agit d'ailleurs, on le sait, de textes anciens puisqu'ils remontent à 1859. En conclura-t-on que, s'agissant de Paris et des pouvoirs du Préfet de la Seine, ce dernier aura toute latitude pour choisir le terrain sur lequel il se placera, police ou gestion ? Poser la question c'est en montrer l'absurdité.

Le commissaire du gouvernement, en réalité, a assimilé les pouvoirs de gestion du Préfet de la Seine (lesquels existent) aux pouvoirs qui lui sont dévolus par le décret du 10 octobre 1859 pour la délivrance des permissions de voirie. *Imagine-t-on que parce que le décret-loi du 19 juillet 1934 charge les autorités gestionnaires de la voirie de la délivrance des autorisations d'occupations temporaires, les ingénieurs des Ponts et Chaussées se mettent à dresser des listes de périodiques dont la vente serait interdite ?* Au surplus, on comprend mal que des

(50) Note précitée sous « Sté des Films Lutétia », 18 décembre 1959 au D. 1960.171. CASTAGNÉ, *op. cit.*, p. 34.

journaux puissent ne pas être interdits de manière générale, mais interdits à la vente dans les kiosques implantés sur le domaine public.

Quelle serait, dans la logique de ce système, la situation en matière municipale ? Le maire a-t-il le choix du fondement de son intervention (51) ? Certes, des formules bien célèbres nous ont enseigné, depuis le début du siècle, que le maire ne peut faire abstraction de sa qualité de gérant des affaires communales lorsqu'il intervient en matière de police, mais cela signifie en réalité tout autre chose, car ici il n'y a pas gérance, mais délivrance d'une autorisation, délivrance pour laquelle le maire agit comme autorité de police et où il n'y a aucun contrôle du Conseil municipal. Le maire peut-il interdire la vente de certains journaux par voie de réglementation générale relative aux kiosques implantés sur la voie publique ? Il y a certes toujours la possibilité d'interdictions en cas de menaces à l'ordre public : troubles, etc.; mais il s'agit là de mesures provisoires, liées aux circonstances de temps et de lieu dont nous ne pouvons pas tenir compte. On aboutirait dès lors à la situation suivante : le maire agissant non pas comme autorité de police — sa décision serait illégale — mais comme autorité de gestion du domaine, peut interdire par voie de réglementation la vente de certains journaux : est-il besoin d'insister sur le danger qu'une telle analyse comporte pour une liberté traditionnellement aussi bien protégée que la liberté de la presse (52) ?

Il faut là encore se reporter à l'analyse du Tribunal administratif de Lyon dans l'affaire qui opposait le même requérant au maire de la ville de Saint-Etienne (53).

Cette hypothèse est d'autant plus intéressante qu'elle est rendue en matière contractuelle : on conçoit, en effet, que l'Administration puisse imposer des conditions plus rigoureuses par voie contractuelle, puisque subsiste toujours la fiction de l'accord bilatéral. Les kiosques de la ville de Saint-Etienne sont des kiosques concédés : on soulignera la situation beaucoup plus logique qui en résulte. Le kiosque, s'il est construit par la ville, est en effet indubitablement propriété de la ville, mais il faut se garder du pas que franchit le commissaire du gouvernement Guldner qui semble dire que, puisque par une théorie généralement admise, ces kiosques implantés sur le domaine public et modifiant son assiette, font eux-mêmes partie du domaine public, la propriété se transfère en quelque sorte sur le domaine.

Saisi des « protestations justifiées d'organisations de toutes tendances » le maire de Saint-Etienne avait enjoint aux concessionnaires

(51) Abstraction faite du contrôle du Conseil municipal qui est de règle en matière de gestion.

(52) Que penser, dans le nouveau système, d'une solution telle que celle réalisée dans l'affaire « Ruasse », du 10 mars 1933, rendue en matière de police municipale, le Conseil d'Etat annulant un retrait de permission de voirie pour la tenue d'un kiosque, retrait opéré au motif que le sieur Ruasse ne vendait plus qu'un seul journal « l'Ami du Peuple » !

(53) 13 avril 1956, Rec. Lebon, p. 536.

de kiosques à journaux de cesser de vendre les journaux considérés comme licencieux inscrits sur une liste, cette interdiction figurant d'ailleurs dans le cahier des charges (54). Le Tribunal de Lyon considère qu'il s'agit en réalité d'un acte détachable qui ne pouvait être édicté que dans les formes et les conditions prévues par la loi municipale et la jurisprudence. La mesure est annulée.

Ce jugement dont nous avons déjà traité, nous paraît tout à fait remarquable d'autant plus qu'il est soigneusement motivé. On en retiendra avant tout l'unité profonde de la notion d'ordre public et de la technique juridique qui lui correspond, c'est-à-dire de la police. Plus encore, il réalise une explication poussée des principes dégagés par M. Moreau dans son article précité, dans un sens positif, alors que l'application du principe de l'interdiction faite à l'autorité de police de recourir à la technique contractuelle est généralement envisagée dans les cas négatifs d'aliénation des pouvoirs de police annulés.

L'administration n'a pas le choix entre divers titres d'intervention, c'est là encore le but de son intervention qui lui fournit son cadre juridique. On remarquera que, dans l'hypothèse jugée par le Tribunal administratif de Lyon, le maire aurait même eu le choix théorique entre trois titres d'intervention : la police, la gestion et enfin l'exécution du contrat !

L'unité des motifs d'intervention est donc très grande dans le cadre du régime de l'usage des voies publiques, d'autant plus que le Conseil d'Etat ne fait pas de distinction *réelle* entre l'autorisation de voirie et le simple permis de stationnement. Le régime de ces deux catégories d'autorisations d'occupations du domaine est, en effet, identique tant en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs de l'Administration dans les conditions qu'elle pose à la délivrance, que dans le refus et dans le retrait, ainsi que dans les cas de retrait obligatoire (55). De quelque côté que l'on se tourne c'est l'unité du régime qui frappe.

Il reste à établir que cette technique unique d'intervention est bien celle de la police.

§ 2. — La nécessité du pouvoir de police.

Nous savons que l'évolution la plus récente de la jurisprudence a consisté à intégrer les considérations tirées de l'ordre public (sous l'appellation intérêt général) dans les actes des gestion. Si cette jurisprudence devait se développer de cette manière et dans ce sens, on peut à l'extrême rigueur imaginer une absorption complète de la

(54) En tout état de cause, on remarquera *que ce n'est pas à Paris, que l'on pouvait craindre des troubles sur la voie publique, à cause de la vente de journaux licencieux !* (pas plus probablement qu'à St-Etienne).

(55) Cf. les arrêts Pécard, Dame Rapin et Commune de St-Brévin-les-Pins, précités.

police et la réalisation de l'unité d'intervention au niveau de la gestion. Il ne faut pas se dissimuler que cette solution — qui correspondrait à une évolution plus logique que l'actuelle dualité qui conduit aux situations inextricables que l'on sait — représenterait en réalité une véritable révolution, plus profonde qu'aucune des transformations subies jusqu'ici par le domaine public, comme d'ailleurs par le droit administratif de manière plus générale. Il faut donc s'interroger sur la réalité de ce phénomène de substitution progressive : certes, ainsi que le pensent MM. Watrin et Kovar, il n'y a pas tant *substitution* que *superposition,* mais il n'est pas possible de nier qu'il puisse s'agir là d'une situation définitive, mais d'un état de fait provisoire qui doit se terminer, d'après une analyse logique de la situation actuelle, par une substitution complète de la gestion à la police.

On soulignera encore que cette idée de superposition est également — implicitement du moins — avancée par M. Chenot lorsqu'il affirme dans une formule aussi célèbre que les conclusions elles-mêmes sur l'affaire « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale » que « le domaine public n'est plus seulement un objet de la police administrative, c'est l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général... ».

En fait, si l'on admet, ainsi que nous avons essayé de l'établir, que la dualité de techniques n'est pas possible — du moins dans les conditions actuelles de sa présentation — il n'est pas besoin de longues explications pour comprendre que seule la police administrative subsistera. Certes, cette affirmation a besoin de quelques développements, elle a aussi surtout besoin d'être confrontée au régime moderne de l'administration du domaine, notamment pour montrer qu'elle n'est pas incompatible avec les exigences contemporaines et qu'elle n'aboutit pas à une véritable stérilisation des pouvoirs domaniaux et de l'utilisation du domaine public; de manière plus générale, elle constitue néanmoins un point de départ indispensable à une meilleure compréhension juridique des rapports du domaine public et de la police administrative. Il faut, en effet, comprendre qu'il s'agit de deux régimes distincts et qui ont une large surface de contact commune, notamment par le biais de la voie publique et de son régime et aussi par le biais de la notion d'ordre public, que d'autre part, le régime du domaine public comprend certains pouvoirs de gestion qui se déroulent à l'intérieur de l'Administration.

En premier lieu, la police, contrairement à la gestion, s'appuie sur des textes et plus spécialement sur un ensemble de textes législatifs dont le Code de l'Administration communale et son article 97 sont les pièces essentielles. La gestion ne s'appuie en réalité sur aucun texte, si ce n'est pour la délivrance des autorisations de voirie l'article 99 du même Code, dans lequel certains veulent voir le fondement juridique des pouvoirs de gestion, ce qui est contraire d'une part, au contexte (il s'agit d'un passage relatif aux pouvoirs de police), d'autre part, à la théorie de la gestion bien comprise puisque dans cette hypothèse,

il ne s'agirait plus de pouvoirs domaniaux de gestion mais d'une attribution spécifique.

En second lieu, il faut remarquer que le plus souvent il s'agira d'une même autorité, le maire : mais *quid* des cas où les pouvoirs de police et de gestion sont scindés entre deux personnes différentes (56) ? Un exemple probant nous paraît fourni par le cas déjà cité de la S.N.C.F. et du domaine public ferroviaire. La dissociation entre la gestion et la police est ici complète puisque, en principe, la S.N.C.F. ne peut consentir de facultés d'utilisations individuelles, pour la raison précisément que celles-ci sont considérées comme des autorisations de police. Par contre, les concessions d'occupation, à titre contractuel, sont accordées au titre de la gestion, ce qui explique d'ailleurs fort évidemment que les occupations les plus minimes du domaine de la S.N.C.F. sont en général accordées à titre contractuel, ce qui évite d'avoir recours au préfet ou au ministre des Travaux publics qui a la police du domaine des chemins de fer. Cependant, même dans les cas d'occupation unilatérale accordée par le préfet, c'est la S.N.C.F. qui recueillera le produit des redevances versées : ce qui traduit bien la dissociation réelle, mais limitée de la police et de la gestion (57).

On trouve des arrêts très caractéristiques à cet égard (58). Dans l'arrêt « Compagnie d'électricité de l'est parisien », les termes sont très clairs. Le Conseil d'Etat s'exprime ainsi : « considérant qu'en vertu des dispositions des articles 5 et 6 du décret du 31 août 1937, à partir du 1er janvier 1938 le droit d'exploiter le réseau de l'Etat est transféré à la S.N.C.F., et que cette Société est substituée dans les droits de l'Administration des chemins de fer de l'Etat en ce qui concerne la faculté d'expropriation et les autres droits attachés à la domanialité publique des chemins de fer », termes que complètent ceux de l'arrêt « Compagnie générale des Eaux » : « considérant que la S.N.C.F. chargée tant de l'exploitation de la voie ferrée que de la gestion du domaine qui lui est affecté, est en droit de prétendre, pour la pose de canalisations dans le sous-sol d'un passage à niveau, au paiement d'une redevance... considérant que le paiement d'une telle redevance peut être imposé au bénéficiaire d'une permission de voirie à toute époque; considérant que de tout ce qui précède il résulte que le *Préfet de Seine-et-Oise* n'a commis aucun excès de pouvoir en mettant à la charge de la Compagnie générale des Eaux, par les arrêtés attaqués, le paiement des redevances au profit de la S.N.C.F.... » (59).

(56) On laissera provisoirement de côté les problèmes de droit parisien où, à vrai dire, il ne s'agit pas tant de répartition différente que *d'attributions* différentes, il s'agit d'une redistribution des fonctions du maire entre deux autorités selon des schémas dont on connaît le manque de logique et qui reprend d'ailleurs une répartition effectuée sous l'Ancien Régime.

(57) Cf. Jansse, n° 35, p. 341 et p. 82.

(58) « Cie d'électricité de l'est parisien », 21 juin 1944, Rec. p. 176. « Compagnie Générale des Eaux », 8 décembre 1950, Rec. p. 616, S. 1951.III.33, note Plantey.

(59) On relèvera qu'aucun visa législatif ne figure dans cet arrêt si ce n'est l'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au Conseil d'Etat.

Il y a donc une opposition fondamentale entre l'aspect patrimonial de la permission de voirie et son aspect juridique de police qui est son aspect essentiel puisqu'il conditionne l'existence des autres. Dans les cas de dissociation entre la police et la gestion, c'est donc normalement la police qui conditionne le fonctionnement de la gestion, lui fournissant son *nihil obstat*. C'est à l'intérieur des limites fixées par la police, relativement à l'ordre public que la gestion entendue au sens « interne » à l'administration pourra se déployer.

Dans son étude précitée, M. Moreau montre que la police ne peut s'aliéner dans le contrat. Au point de vue domanial, l'exemple le plus parfait en est fourni par l'espèce « Leneveu » (60). L'engagement contractuel d'un maire de n'empêcher d'aucune façon le stationnement sur une certaine place où le requérant — qui avait contribué à son achat — possédait un hôtel n'a pu « enlever au maire l'exercice de son pouvoir de police et notamment le droit de réglementer le stationnement sur la place publique dans l'intérêt général » (61) ; cependant, le Conseil d'Etat condamne la commune au remboursement de la somme avancée par l'hôtelier considéré. Or il s'agissait ici d'une matière contractuelle. On peut dire que cette solution sera vraie *a fortiori* en matière unilatérale car le pouvoir de police reste toujours « prioritaire » et que la gestion ne peut empiéter sur un intérêt de police. En schématisant à l'extrême, on pourra dire que la police pourrait toujours aller à l'encontre d'un intérêt de gestion, alors qu'inversement, la gestion ne saurait aller à l'encontre d'un intérêt de police (62). Il y a dans cette constatation quelque chose d'élémentaire qui signifie simplement l'impossibilité totale de l'aliénation du pouvoir de police.

Mais il résulte aussi de ces remarques que finalement le caractère de gestion est (et ne peut être) que *résiduel*. Certes, en réalité, sur le domaine public la préoccupation gestionnaire est devenue plus importante que celle de police et il y a quelque paradoxe à la qualifier de résiduelle, mais il s'agit là d'une qualification *juridique*. La gestion pourrait être conçue comme évoluant dans une zone laissée à l'écart par la police, de subtils rapports de compatibilité et de conformité s'établissant entre les deux techniques. C'est là tout le sens de la notion de *prédominance*.

C'est certainement cette prédominance du pouvoir de police sur le domaine qui explique la non-constitution de droits sur le domaine, indépendamment même des principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. C'est bien entendu l'affectation de la voie publique qui peut fournir l'explication rationnelle, mais non l'explication juridique, l'affectation trouvant son expression juridique dans la police qui

(60) « Leneveu », 5 novembre 1943, Rec. p. 243.

(61) L'expression « intérêt général » semble utilisée dans le sens « ordre public ».

(62) Cf. Moreau, art. cité, pp. 16-17 : dans le syllogisme avancé, la mineure s'exprime « or on ne peut avancer de droits face à l'ordre public... ».

interdira la constitution de droits acquis (63). De même, dans de nombreux cas, c'est également dans la police qu'il faut voir l'origine des cas de compétence liée, cas qui sont de plus en plus nombreux : ne seraient-ils pas en voie de multiplication, en même temps que les actes de gestion (64) ? Il en va de même, en grande partie, pour ce qui est de la jurisprudence relative à la réparation des frais occasionnés aux titulaires des permissions de voirie : on sait que le droit à réparation n'est pratiquement ouvert que dans le cas où le déplacement ou le retrait sont rendus nécessaires par des considérations autres que celles tenant à l'intérêt du domaine occupé lui-même, c'est-à-dire finalement l'ordre public lui-même, sans même que l'on distingue entre permission de voirie et occupation à titre contractuel (65).

Il nous paraît bien établi que la police est la seule technique juridique en œuvre sur le domaine public *et opposable aux usagers du domaine.* Encore faut-il montrer que cette manière de voir n'est pas de nature à empêcher une « administration » moderne du domaine public et que, non seulement il s'agit d'un point de vue nécessaire, mais aussi d'un point de vue suffisant.

(63) Cf. les remarques de M. Jean Dufau sous Tribunal administratif de Rennes, 9 décembre 1963, « S.A.R.L. Les Viviers de St-Malo », J.C.P. 1965.14084.

(64) Notamment les arrêts « Dame Rapin » et « Commune de St-Brévin-les-Pins », précités.

(65) La jurisprudence est abondante. Citons : « Dame Hoppé », 18 mars 1959, A.J. 1959.II.134 ; Ministre des Travaux Publics c/ Gaz de France, 13 juillet 1962, Rec. p. 508 ; Ville de Toulouse, 3 juillet 1957, Rec. p. 436 ; Electricité de Strasbourg, 10 avril 1957, Rec. p. 255 ; Bouyssalet, 2 octobre 1964, J.C.P. 1965.14085, note Jean Dufau.

CHAPITRE II

La prédominance du pouvoir de police : point de vue suffisant.

C'est essentiellement par rapport aux nécessités de la vie économique qu'il convient de montrer que la notion du pouvoir exclusif de police, telle que nous la concevons est suffisante, c'est-à-dire qu'elle correspond aux nécessités de la vie administrative et économique moderne, notamment à l'époque du dirigisme. Il faudra donc confronter le pouvoir de police, conçu à titre *prédominant,* aux différentes modalités de l'intervention économique de l'Etat, essentiellement dans les cas — fréquents — où cette intervention semble trouver son support, précisément dans la domanialité publique.

Ce chapitre comportera dès lors deux sections :

Section I : Les implications économiques.

Section II : L'adaptation de la police du domaine public aux régimes économiques.

Avant d'aborder l'étude de ces aspects de la police du domaine public, il conviendra de donner un bref aperçu du problème des occupations contractuelles du domaine public, occupations qui peuvent paraître constituer de notables exceptions au régime général de la police du domaine public que nous avons tenté d'exposer. Nous n'avions examiné que les occupations domaniales à titre unilatéral : il n'est de toute manière pas possible d'écarter les occupations contractuelles, puisque, on le sait, elles ont été consacrées par le décret-loi du 17 juin 1938, repris par l'article L. 84 du Code du domaine de l'Etat.

Paragraphe préliminaire : Le pouvoir de police et les contrats comportant occupation du domaine public.

Il faut d'abord souligner qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'occupations contractuelles du domaine public, mais de contrats qui comportent occupation du domaine public : en fait, l'occupation du domaine public autorisée par l'administration ne fait pas *l'objet* même du contrat, elle n'en est qu'un *élément*. En d'autres termes, on peut dire que l'occupation n'est pas réalisée à titre contractuel : elle est incorporée au contrat. Il ne serait pas juste, dès lors, de dire que le domaine public fait l'objet d'un contrat : il y a passation d'un contrat, à l'occasion duquel une autorisation d'occupation du domaine public va être rendue nécessaire. Certes, dans la plupart des permissions de voirie qui sont délivrées à l'heure actuelle on peut soutenir que très souvent il en va de même, l'administration impose de nombreuses conditions, à tel point qu'il existe des permissions de voirie comportant de véritables cahiers des charges, sans que pour autant l'on passe dans le domaine contractuel, car il n'y a aucune liberté de discussion.

La possibilité de contracter « sur » le domaine public a été âprement discutée et continue encore de soulever certains problèmes juridiques assez sérieux. Nous ne voulons cependant étudier la question que dans ses rapports avec la technique unilatérale d'occupation du domaine public (1).

La question se trouvait particulièrement débattue peu avant l'intervention du décret-loi du 17 juin 1938. En schématisant quelque peu, on peut dire que, pour la jurisprudence administrative, les contrats comportant occupation du domaine public n'étaient considérés comme contrats administratifs (avant 1938 et même un peu après) que s'ils contenaient des clauses exorbitantes du droit commun ou s'ils impliquaient une participation du cocontractant à l'exécution d'un service public (2).

D'autre part, on sait quelles ont été les réticences de la jurisprudence judiciaire à admettre pleinement le décret-loi du 17 juin 1938 et toutes ses conséquences sur le plan de l'attribution de compétence

(1) On se reportera notamment aux travaux suivants : Astima (Jean) : « Contrats comportant occupation du domaine public et problèmes de compétences » (J.C.P. 1957.I.1390) ; Auby : « Les contrats comportant occupation du domaine public », Chron. D. 1953.99.106 ; Charlier : « Les contrats comportant occupation du domaine public », J.C.P. 1943.I.372 ; Jansse, *op. cit.*, p. 55, n° 97 sq ; de Laubadère : « Traité des contrats administratifs », T. I, p. 461, n° 23 sq ; Le Tarnec (Alain) : « Le contentieux des contrats comportant occupation du domaine public », Thèse, Paris, 1944 ; Jurisclasseurs administratifs (J. Dufau), fasc. 406-2.

(2) Cf. Trib. des conflits, 5 mars 1934, Rec. p. 1243 ; C.E. 18 décembre 1936, Prade ; T.C. 11 janvier 1937, Chavon et Selle : tous ces arrêts sont rapportés au S. 1938.3.57, note Alibert et au D.P. 1938.3.70, note P.-L. Josse.

aux tribunaux administratifs. La Cour de cassation après s'être montrée plus que réticente (3) finit cependant par s'incliner devant une décision explicite du Tribunal des conflits (4). Il n'y a donc plus, à l'heure actuelle, de problème tenant à la répartition des compétences, d'autre part. Quant au fond du droit applicable, les tribunaux administratifs ont constamment réaffirmé l'inapplicabilité des règles du droit privé, civil et commercial en particulier (5).

L'un des effets fondamentaux de cette manière de voir sera de faire jouer à la domanialité publique elle-même, un rôle essentiel dans le régime de ces contrats : la règle de précarité des occupations du domaine public est désormais sans faille (6).

Ces points étant, à l'heure actuelle, définitivement acquis, il convient de poser le véritable problème qui nous paraît être, avant tout, de savoir s'il y a des différences réelles entre la technique contractuelle et la technique unilatérale en matière d'occupations du domaine public. En fait, on va s'efforcer de montrer que ces différences sont minimes et subsistent plus sur un plan formel que réel.

En premier lieu, les auteurs sont unanimes à relever la difficulté qu'il y a à bien distinguer dans la pratique administrative entre le contrat comportant occupation du domaine et la permission de voirie accompagnée d'obligation de service public. M. Auby, dans son étude sur ces contrats, souligne que l'on ne peut s'appuyer ni sur les éléments formels, ni même sur la qualification de l'acte (concessions ne signifiant nullement contrat) (7), pas plus que sur la forme verbale ou écrite ou sur l'existence d'un cahier des charges (8).

Il faut remarquer aussi que depuis la réforme du contentieux de 1953, ce sont de toute manière les mêmes juridictions qui vont être appelées à juger, dans l'une et l'autre hypothèse. Certes, la différence de procédure subsiste, mais elle n'entraîne guère de conséquences, pas plus dans les motifs admis au non-renouvellement, que dans les éventuels dommages et intérêts. La seule différence serait purement verbale, les autorisations unilatérales sont susceptibles de retrait, tandis que les autorisations contractuelles sont susceptibles de résiliation.

(3) Cass. Soc. 6 décembre 1940, « Société des chaux hydrauliques et ciment d'Algérie », S. 1941.I.169, note Mestre.

(4) T.C. 12 décembre 1942, « Société Méditerranéenne de combustibles », S. 1943.3.29, note Mestre, et Cass. 18 mars 1943, D. anal. 1943.I.44.

(5) Cf. C.E. « Haydt », 5 décembre 1952, S. 1954.3.21, note A. Plantey, « Lafon », 8 janvier 1960, A.J. 1960.II.183, note Gardies.

(6) Cf. la note de M. Waline au D.C. 1944.J.18, sous T.C. 12 décembre 1942, précité.

(7) On remarque, dans le vocabulaire utilisé par l'administration et par les textes récents, une tendance à multiplier l'utilisation de l'expression « concession ». On ne doit donc pas — ainsi que l'indiquait M. Auby — s'illusionner sur ce mot, qui peut désigner — et désigne effectivement — aussi bien des autorisations à titre unilatéral que contractuel. Cf. LARIVIÈRE, *op. cit.*, p. 9, sq et p. 95 sq.

(8) Cf. dans le même sens, M. Dufau, Jclasseurs, fasc. 406-2, p. 14, n° 138 sq sur les difficultés soulevées par la distinction, cf. C.E. 19 juin 1964 « Monteil », A.J. 1964.621, observ. P. Laroque.

Cette différence pourrait être importante, la résiliation ouvrant droit à indemnité, contrairement au retrait qui n'est source de responsabilité que s'il a été opéré illégalement. Mais si l'on précise que la plupart des contrats passés par certaines administrations sont passés pour des périodes extrêmement courtes, trois mois à un an, la portée même de cette différence s'effrite. D'autre part, en ce qui concerne la réparation des dommages de travaux publics, les deux régimes sont parfaitement identiques (9).

Au fond, la différence est quasi nulle : traditionnellement l'occupant à titre contractuel se trouvait dans une situation moins précaire que celle du permissionnaire : en réalité cependant, le décret du 17 juin 1938, nous l'avons indiqué, est venu accentuer le caractère précaire des occupations contractuelles et ouvre les possibilités de résiliation unilatérale (10), sauf à indemniser l'évincé. En fin de compte, cependant, les motifs admis sont les mêmes pour justifier le retrait que pour justifier le non-renouvellement du contrat, que parfois même la résiliation. La différence s'estompe davantage encore lorsque l'autorité qui peut accorder la permission et celle qui peut contracter sont les mêmes : la différence est alors arbitraire. Si l'on y ajoute la distinction des occupations contractuelles normales et anormales, on voit que dans de très nombreux cas, l'administration a compétence liée pour contracter (cimetières, halles et marchés, etc.) si l'occupation projetée est conforme (11). Dans ces cas d'identité entre la personne qui peut accorder l'autorisation à titre unilatéral et celle qui peut contracter, on peut dire qu'en réalité là où l'administration pourrait accorder une permission de voirie, elle impose la forme contractuelle, alors qu'en fait la distinction — à tous les plans — est minime.

L'intérêt — peut-être est-ce le seul — apparaît lorsque le pouvoir d'autoriser les occupations contractuelles du domaine public et celui d'accorder des permissions de voirie sont séparés. Ce cas est d'ailleurs implicitement prévu par le décret-loi du 17 juin 1938 qui s'applique aux « contrats passés par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires » : il faut souligner que le Tribunal des conflits a entendu donner une définition restrictive de la notion de concessionnaire puisqu'il l'entend uniquement des concessionnaires de service public utilisant les dépendances du domaine public (12).

Un survol rapide de la jurisprudence rendue en cette matière des contrats comportant occupation du domaine public dégage une im-

(9) Cf. les observations P. Laroque précitées sous « Monteil ».

(10) Conseil de Préfecture Interdép. de Lille, 13-7-1950 « Leroy », D. 1950.588, note Waline et C.E. 4-1-1954 « Leroy », D. 1954.647, note F.M.

(11) Cf. Dufau Jclass., 406-2, n° 191. M. Auby parle des occupations conformes et des occupations non conformes (chron. précitée), cf. aussi C.E. 22 janvier 1961, E.D.F. c/ Bousquet et Lurguie, Cahiers juridiques du Gaz et de l'Electricité, 1961, p. 169, note Dufau.

(12) 10 juillet 1956, « Sté des Steeple-Chases de France », S. 1956.J.156, concl. Chardeau ; R.D.P. 1957, p. 522, note Waline ; Rec. Lebon, p. 587.

pression curieuse : les arrêts rendus concernent dans la presque totalité des cas — sinon la totalité de ces cas — des personnes morales de droit public qui n'ont *que* le pouvoir de contracter, non celui de délivrer des permissions de voirie. Le pouvoir de contracter est, en effet, lié à la gestion du domaine public — entendue au sens classique — puisque l'occupation domaniale n'y est qu'un élément accessoire à laquelle l'autorité de police pourrait d'ailleurs toujours s'opposer. Il en est ainsi dans les trois arrêts cités concernant la période qui précède immédiatement le décret-loi du 17 juin 1938 : l'arrêt « Worms et Compagnie » du 15 mars 1934 (Tribunal des conflits, 15 mars 1934, rec., p. 1243), l'arrêt « Prade » (Conseil d'Etat, 18 décembre 1936) et « Chavon » (11 janvier 1937). Certes, dans l'affaire « Prade » il s'agit d'une concession faite par l'Etat relativement à la plage de Juan-les-Pins, mais on sait le caractère particulier des concessions de plages (13) : de toute manière, il faut remarquer que même dans cette hypothèse, la forme contractuelle est pour nous probante, car la commune qui obtient la concession — à titre contractuel — de l'Etat, choisira cette formule, parce qu'elle lui permet — précisément à cause du défaut de pouvoir de police — de concéder à son tour la plage à un tiers. Dans l'affaire Worms et Compagnie », il s'agissait d'un terrain concédé par le Port autonome de Bordeaux, dans « Chavon et Selles » d'une Chambre de commerce.

Il en va de même dans les affaires immédiatement postérieures à 1938 : toutes les affaires qui ont marqué l'évolution vers l'adoption du décret-loi de 1938 sont des affaires concernant des personnes morales non investies de pouvoir de police (Chambres de commerce). Cette constatation semble s'imposer avec beaucoup plus d'évidence encore si l'on examine les affaires jugées ces dernières années, rapportées dans les recueils. Si l'on excepte les concessions de cimetières et celles dans les halles et marchés — dont le caractère contractuel est non seulement discutable, mais aussi très discuté (14) — on remarque que le plus grand nombre des affaires concerne des contrats comportant occupation du domaine public ferroviaire, c'est-à-dire passés par la S.N.C.F. (15). On ne manquera pas de remarquer le contenu de ces contrats : vitrine publicitaire dans un hall ou une cour de gare, usage d'un garage automobile dans une cour de gare, etc. (16).

(13) Cf. sur ce point (Jean) BERNARD : « De l'utilisation du domaine public maritime - établissements de pêche et concessions de plages », Thèse, Paris, 1930 ; (Georges) SALMON : « La consistance du domaine public maritime français », Thèse, Rennes, 1956 ; JURET, *op. cit.*

(14) Cf. les remarques de M. J. Moreau sous un arrêt « Ville d'Ivry-sur-Seine », C.E. 6 novembre 1964, A.J. 1965.II.168, n° 49, ainsi que l'article de M. Moreau précité, A.J. 1965, p. 3.

(15) Cf. entre autres, 6 octobre 1944, « Bugaret », Rec. p. 260 ; 11 décembre 1957, « Buffière et autres » ; 11 décembre 1957, Rec. p. 667 ; 24 avril 1959, « Burfin », Rec. p. 264 ; « Georges et Emile Turbet », C.E. 12 juin 1963, A.J. 1964.II.44, observ. P. Laporte.

(16) 8 janvier 1960, « Lafon », A.J. 1960.II.183, note Gardies ; 18 mars 1963, « Cellier », A.J. 1963, n° 165, p. 484, observ. J. Dufau.

En d'autres termes, la S.N.C.F., même pour ces occupations minimes — il y en a d'autres plus importantes telles celles que réalisent les embranchements industriels — est obligée de recourir à la technique contractuelle, en lui donnant des formes qui la rapprochent des occupations consenties à titre unilatéral, notamment par la durée très courte du contrat : 3 mois, par exemple. C'est donc essentiellement pour éviter d'avoir recours au préfet que la S.N.C.F. choisira la forme contractuelle, plus commode et plus rapide. Ainsi, M. Dufau relève que pour pouvoir autoriser certains stationnements dans les cours des gares, il faut au chef de gare une délégation préfectorale : les cas dans lesquels la S.N.C.F. peut accorder directement des permissions de voirie sont rarissimes (17). Dans une formule curieuse, le commissaire du gouvernement Heumann, concluant sur une affaire « Barbey » (18) affirmait que : « si le juge administratif est bien compétent pour trancher les litiges relatifs aux permissions de voirie délivrées par les autorités administratives, nous ne devons pas perdre de vue que la S.N.C.F. est un service industriel et commercial concédé et que les actes de gestion de son domaine public échappent normalement à la compétence administrative » : on pourrait peut-être en déduire que les permissions de voirie délivrées ainsi par la S.N.C.F. n'auraient pas le même caractère que les autres, elles seraient de la « gestion » au sens classique interne, il serait cependant pour le moins curieux d'avoir deux catégories juridiques de permissions de voirie (19) !

La seule exception semblerait résulter du cas des Ports autonomes, dont on sait qu'ils délivrent des permissions de voirie, aussi bien que des occupations à titre contractuel (20) mais cette exception n'est qu'apparente dans la mesure où le Code des Ports maritimes substitue expressément le Port autonome aux droits de l'Etat, ce qui, en matière de permissions de voirie — malgré la généralité de la formule — n'aboutit pas à une situation sensiblement différente de celle créée par le décret du 19 juillet 1934 qui confie le soin de la délivrance des permissions de voirie aux « autorités chargées de la gestion du domaine public » (c'est-à-dire le plus souvent les Ponts et Chaussées) sans qu'il soit possible — bien au contraire si l'on se réfère au texte de la circulaire du 20 novembre 1934 précitée — d'y voir une quelconque exception.

Le rôle des contrats comportant occupation du domaine public apparaît donc à l'heure actuelle nettement limité : ces contrats sont

(17) Dans sa thèse sur « L'occupation privative du domaine public des chemins de fer » (Thèse, Lille, 1960), Mlle Vandorpe ne cite que très peu de cas.

(18) Conclusions sur S.N.C.F./Barbey, 25 mars 1960, Rec. p. 22, concl. Heumann.

(19) La coïncidence entre la création même de la S.N.C.F. (le nouveau régime entre en vigueur le 1er janvier 1938) et le décret-loi du 17 juin 1938, ne manque pas d'être frappante.

(20) Cf. C.E. « Meneret », 19 juin 1964, A.J. 1965.II.31, n° 3, note P. Laporte ; C.E. « Sté les Matériaux de la Garonne », 21 octobre 1964, A.J. 1965.II.280, n° 80, observ. P.L.

utilisés par les concessionnaires du domaine public qui ne détiennent pas de pouvoirs de police sur le domaine public, c'est-à-dire qui n'ont pas le pouvoir de délivrer des permissions de voirie. D'un autre côté, l'autorité de police préférera souvent utiliser la permission de voirie car elle se sent plus dégagée et plus libre par rapport au cocontractant, encore que, finalement, d'une part la tournure de ces permissions de voirie est très voisine des contrats (cahiers des charges, etc.) et que d'autre part, le juge a progressivement assimilé le régime des contrats à celui des permissions de voirie (21). Certes, pendant longtemps, on a pu assister à un mouvement inverse, marqué notamment par les lois de 1906 et de 1925 sur les distributeurs d'énergie électrique, le législateur ayant voulu progressivement généraliser l'utilisation des contrats de préférence à l'autorisation unilatérale, mais en fait, il s'agit là encore d'une analyse « sectorielle » économique puisque la loi de nationalisation a supprimé la portée de ce problème, encore que l'E.D.F. pose également certains problèmes juridiques.

On ne peut dire que la forme contractuelle présente encore une très grande originalité et qu'elle se distingue particulièrement à l'intérieur du régime des occupations du domaine public. D'autre part, il n'y a pas de différence en ce qui concerne le mode de calcul de la redevance (22). Dans sa note maintes fois citée (au S. 1930.3.1) Alibert écrivait que « pour aller de l'avant, l'administration doit passer du terrain de la police à celui du contrat, autrement dit, de la police à la gestion » : ces paroles pouvaient paraître prophétiques, en fait, nous pensons avoir montré que l'administration n'avait pas évolué vers la formule contractuelle. Peut-être soutiendra-t-on que c'est la théorie de la gestion qui a été appelée à jouer le rôle qu'Alibert pensait faire tenir au contrat. Il s'agit précisément de montrer que dans le cadre classique, le domaine public a pu évoluer et « aller de l'avant » (23).

(21) Cf. par exemple, la formule de l'arrêt du C.E. « Leroy », précité (4 janvier 1954 ; D. 1954.J.647, note F.M.) « ... consid. d'autre part, que la ville pouvait à tout moment mettre fin, pour des motifs tirés d'un intérêt public, au contrat en vertu duquel le sieur Leroy jouissait d'un emplacement sur le marché St-Nicolas, dépendance du domaine public municipal... » ; une autre formule souvent utilisée : « consid. que les circonstances de l'affaire ne relèvent pas ... un exercice abusif des droits... » (C.E. 18-3-63 « Cellier »).

(22) Cf. POLLET (Roger) : « Le calcul des redevances pour les occupations temporaires du domaine public national », R.P.D.A. 1956, n° 5, p. VII, sq.

(23) Rappelons ce qu'exprimait le commissaire du gouvernement Braibant, dans ses conclusions sur l'arrêt « Sté Coopérative agricole de production La prospérité fermière », C.E. 10 mai 1963, Rec. p. 289, les conclusions sont à la R.D.P. 1963, p. 584 : « ... dans la matière de l'économie dirigée comme dans celle de la Fonction publique, la distinction entre la situation réglementaire et la situation contractuelle perd de sa netteté ; une différence purement formelle dans les procédés juridiques mis en œuvre ne saurait entraîner une différenciation des pouvoirs du juge ».

Section I

LES IMPLICATIONS ECONOMIQUES

Il s'agit maintenant de réintégrer les implications économiques dans cette théorie de la police du domaine public que nous sommes amenés à soutenir : il n'est que trop vrai, en effet, qu'une telle théorie perdrait toute signification ou toute utilité si elle aboutissait à se couper de la réalité administrative, particulièrement de la réalité économique. Cette réalité est, à l'heure actuelle, purement économique, il convient d'en rendre compte. Affirmer l'exclusivité du pouvoir de police revêt un parfum trop « XIX^e^ siècle » pour qu'il ne soit pas absolument indispensable d'insister sur ces problèmes. Ce tour d'horizon économique doit se faire en examinant d'abord certains problèmes économiques en dehors même de la domanialité, pour mieux pénétrer ensuite les implications économiques de la police du domaine public.

Il n'est pas question, bien entendu, d'épuiser cette question des rapports entre le droit public et les problèmes économiques, dont on sait qu'elle constitue l'une des plus grandes difficultés du droit public actuel, tant en doctrine que surtout en jurisprudence : nous nous contenterons donc de quelques indications assez sommaires exposées en deux points :

— les implications économiques des solutions juridiques,
— les implications juridiques des solutions économiques.

§ 1. — Les implications économiques des solutions juridiques.

Les auteurs qui ont étudié les implications économiques des solutions juridiques aboutissent en général à distinguer trois catégories de situations :

— le libéralisme pur et simple;
— le dirigisme;
— l'interventionnisme « libéral ».

Il y a sur ce point une remarquable concordance de toutes les analyses qui ont pu être faites par des auteurs aussi différents que MM. Jean Marchal (24), Martres et Farjat (25) ainsi que par M. Dieterlen (26).

(24) Cf. « Nature et contenu de l'économie financière », Revue de science et de législation financière », 1940-46, p. 162 sq, ainsi que le « Cours d'Economie politique », T. I (3^e^ éd., 1956) notamment pp. 311 et 777 sq.

(25) MARTRES, *op. cit.*, T. I, p. 70 ; FARJAT, *op. cit.*, p. 65.

(26) *In* « Dictionnaire des Sciences économiques », T. I (au mot dirigisme), p. 405 ; cf. aussi le mot « Droit public économique », T. I, p. 420 par M. Bernard CHENOT.

Il est évident que la quasi-totalité des auteurs classent le régime français dans le régime intermédiaire, c'est-à-dire celui que M. Martres appelle « mixte » ou que d'autres appellent « interventionnisme libéral ».

Pour M. Jean Marchal l'économie interventionniste se définit ainsi : « l'Etat (dès lors) a été contraint d'intervenir, à la fois pour réprimer les abus et les insuffisances de l'individualisme libéral ». Au contraire, le dirigisme se définit ainsi : « de l'Etat moderne on exige autre chose : armé de sa souveraineté, il doit modifier la conjoncture, mettre fin aux crises et ramener la prospérité » (27). On voit quelle est la différence fondamentale qui sépare les deux catégories : dans le premier cas, il n'y a pas volonté de transformer l'ordre économique mais, au contraire, de le ramener à ce qu'il devrait être parce qu'il se trouve modifié, alors que l'hypothèse dirigiste suppose une volonté de transformation de l'ordre économique. Ce sont là des éléments bien connus de différenciation (28).

Dans son « Cours » M. J. Marchal explique bien que « les pouvoirs publics doivent intervenir mais (que) leur intervention doit avoir pour but, non de le détruire, mais de le corriger » (il s'agit bien entendu de l'hypothèse du néo-interventionnisme libéral) (29).

Mais, d'autre part, il faut aussi constater que cette distinction entre trois catégories peut également être opérée non seulement de manière globale, mais aussi de manière sectorielle : dans une même économie, on le sait, peuvent coexister des secteurs dirigistes, des secteurs interventionnistes et des secteurs libéraux. M. Farjat parle des « blocs de législation dirigiste » et donne comme exemple d'une part, celle des transports, d'autre part, celle du travail (30).

Partant de ces éléments qui sont incontestés, il convient d'analyser quelque peu la situation de notre droit. Celui-ci, s'il peut aisément être qualifié de mixte, comporte néanmoins de larges secteurs dirigistes et interventionnistes, dont la législation des transports, depuis le décret-loi du 19 avril 1934 est un exemple bien connu et qui nous intéresse tout particulièrement puisqu'il touche de près au régime de l'utilisation du domaine.

La distinction, tant dans le sens vertical que dans le sens horizontal, est importante, essentiellement si on se place du point de vue de la notion d'ordre public. Ainsi, M. Touscoz écrit : « avec le développement du rôle économique de l'Etat c'est un nouveau système de

(27) A cette occasion, M. Marchal utilise la terminologie bien connue depuis l'Etat providence opposé à l'Etat faustien.

(28) M. Dieterlen exprime ainsi la distinction : « le dirigisme se distingue de l'interventionnisme, lequel vise seulement à résoudre certains problèmes sans référence à une idée d'ensemble, par exemple, en apportant une aide à une catégorie de producteurs ou en réglementant une branche donnée d'activité... le dirigisme intègre au contraire tous les problèmes dans une politique générale. Une économie orientée est déjà une économie dirigée. »

(29) *Op. cit.*, p. 311.

(30) Farjat, *op. cit.*, p. 71.

légalité qui apparaît dont la structure est fondamentalement différente de celle qui caractérisait l'ordre public classique » (31). Cette remarque est intéressante si l'on se place du point de vue du « système de légalité » : dans la mesure, en effet, où un véritable système de légalité est en place (ce qui était le cas dans l'espèce annotée par M. Touscoz), le problème de la légalité de l'intervention de l'Etat dans le domaine économique ne se pose pas puisqu'il est consacré par des textes. Mais il n'en va pas toujours ainsi. Le passage de l'ordre public classique à un « ordre public économique » ne peut s'effectuer que par la voie d'un texte spécifique, ainsi que le rappellent tous les auteurs qui ont étudié la notion d'ordre public économique (essentiellement MM. Malaurie, Farjat, Martres). L'intervention économique de l'Etat, dans un sens dirigiste, ne peut donc s'effectuer en vue d'une transformation du marché ou de la situation économique, si ce n'est pour corriger les troubles les plus graves, ceux précisément qui peuvent mettre en cause l'ordre public lui-même.

On le voit, le problème est de savoir à partir de quel moment on passe dans le système du « droit public économique » c'est-à-dire dans le « nouveau système de légalité » comme le qualifie fort justement M. Touscoz. Pour ce qui est du domaine public, la solution de ce problème sera primordiale : il s'agira pratiquement de déterminer la situation économique du domaine public. La coexistence des trois régimes économiques possibles va se retrouver dans le régime économique du domaine public, c'est donc ainsi qu'il faudra étudier le domaine public, mais auparavant il nous faut voir les implications juridiques des solutions économiques.

§ 2. — Les implications juridiques des solutions économiques.

Commentant une décision qui touche au problème de la nationalisation de l'électricité, M. Rivero écrivait que : « elle fournit un exemple nouveau du travail qu'impose au juge le passage d'un ordre libéral à un ordre dirigiste : il ne peut transposer à celui-ci les solutions élaborées pour celui-là qu'après les avoir au préalable repensées selon la logique de leur cadre nouveau » (32), alors que M. de Soto — à la même époque — pense que : « nous assistons, en effet, aux premiers tâtonnements — peut-être moins « pensés » que ne le suggère l'optimisme de M. Rivero — de la jurisprudence aux prises avec l'économie dirigée. Ces tâtonnements sont d'autant plus explicables et ces difficultés d'autant plus grandes que l'économie dirigée, en France, est née par hasard, en quelque sorte honteusement, des difficultés de la guerre et de l'occupation, que dès l'abord on l'a prise en

(31) Note sous C.E. 10 janvier 1964 (Assemblée) au D. 1964.414.

(32) Note de M. Rivero sous Conseil de Préfecture de Marseille, « Société Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage c/ Ville de Tarascon, J.C.P. 1948.II.4320.

méfiance — pour ne pas dire plus et que la doctrine s'est donc détournée d'elle » (33).

Ces extraits des deux éminents auteurs marquent bien les difficultés contentieuses qui naissent de l'économie dirigée et qui, on le sait, ne sont pas encore résolues à l'heure actuelle.

Dans l'approche du dirigisme réalisée par M. de Soto, on relève l'idée de dirigisme de guerre, que M. Rivero, quelques années plus tard, étendra au dirigisme de crise — dont il fixe l'apparition vers 1934 opposé au dirigisme « systématique » (34). Cette remarque est très importante, car le passage d'un système à un autre, c'est-à-dire du système libéral au système interventionniste ou dirigiste — en dehors du dirigisme de crise — entraîne des conséquences précises au point de vue juridique : inversement cependant, en dehors du temps de crise, il faut des bases juridiques au passage d'un système à un autre : ces bases ne peuvent être fournies que par des textes. C'est qu'en effet, dans la mesure où l'on a conçu pendant longtemps certaines conséquences du libéralisme — essentiellement la liberté du commerce et de l'industrie — comme de véritables libertés publiques, il faudra des textes pour écarter cette liberté publique. La gestion du domaine était apparue, on l'a vu, comme l'un des moyens de passer outre à ce principe.

Comment la jurisprudence agit-elle ? Il faut bien dire que l'attitude de la jurisprudence n'a pas toujours été très claire. Peut-être se trouve-t-on à une période de transition ? Dans certains cas, en effet, mais ces cas sont de plus en plus rares — la jurisprudence oppose très « brutalement » la liberté du commerce et de l'industrie (35), dans d'autres cas, elle l'écarte tout aussi brutalement, ainsi on lit dans un arrêt d'assemblée du 12 décembre 1953 « Syndicat national des transporteurs aériens » (rec., p. 547) « considérant que ce principe (liberté du commerce et de l'industrie) ne peut être utilement invoqué en ce qui concerne l'exercice de la profession de transporteur aérien dès lors que cet exercice, en vertu de l'article 2 de la loi susmentionnée du 19 septembre 1941 applicable à la Compagnie nationale Air-France comme aux transporteurs aériens est subordonnée nécessairement à l'octroi d'une concession ou d'une autorisation adminis-

(33) J. de Soto : « Imprévision et Economie dirigée », J.C.P. 1950.I.817.

(34) Action économique de l'Etat et évolution administrative, « Revue économique, 1962, p. 886, cf. p. 890 : « la première voie adoptée fut celle de l'action administrative traditionnelle : le procédé de la décision unilatérale, réglementaire ou individuelle, créant des droits ou imposant des obligations assorties de sanctions ; le dirigisme de crise à partir de 1934, le dirigisme de guerre après 1939, n'imaginèrent pas au départ d'autres moyens ; interdictions, assignation de contingents, autorisations, tout cela, du point de vue juridique, n'innovait pas : c'étaient les armes classiques de la puissance publique, appliquées à un domaine nouveau. »

(35) Cf. par exemple, les deux arrêts « Daudignac » et « Fédération des photographes-filmeurs », 22 juin 1951, Rec. pp. 362-363, D. 1951.589, conclusions Gazier, C.E. 2 avril 1954, Petronelli, R.P.D.A. 1954, p. 110, n° 199, conclusions Laurent, R.P.D.A. 1954, p. 98.

trative » (36). Cependant, il est clair que la jurisprudence qui est prête à faire jouer au système dirigiste ou interventionniste toutes ses conséquences, jusqu'aux plus extrêmes, exigera néanmoins à la base, un texte, ce texte devant être en général législatif, mais pouvant être, depuis 1958, réglementaire, dans la mesure où la matière avait déjà été entamée par le législateur avant 1958 (37).

La question, parfois débattue (38) ces dernières années, de savoir si le Conseil d'Etat continue ou non d'appliquer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, paraît mal posée : la réponse devant être très nuancée, le Conseil d'Etat semble plus statuer pour chaque cas d'espèce ou plus exactement pour chaque matière à examiner, selon l'état de la législation. De toute manière, il faut bien souligner que le dirigisme est bien davantage et autre chose qu'une somme d'atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie, ces atteintes ne sont finalement qu'un épiphénomène contentieux du dirigisme.

En définitive, cependant, il faut souligner que seule la loi permet la mise à l'écart définitive du principe de la liberté du commerce et de l'industrie : dans l'espèce « Simonnet » précitée, exemple type d'arrêt rendu en matière dirigiste, la base législative existe puisqu'il s'agit de la loi du 25 juin 1920 sur l'alcool. On peut reprendre le schéma proposé par M. Morange, qui distinguait entre la protection du principe de la liberté du commerce et de l'industrie contre l'administration, mais non contre le législateur (39).

On retiendra de ce très rapide tour d'horizon que, en gros, le régime juridico-économique est à la base libéral, mais que les interventions du type « interventionnistes » sont plus que fréquentes et se sont étendues à presque tous les domaines, ce qui corrige la première affirmation, d'autre part, que certains secteurs sont entièrement dirigistes, mais que ces secteurs sont limités et ne peuvent être étendus sans textes. Lorsque le dirigisme est introduit dans une matière, le Conseil

(36) Même requérant, 21 novembre 1958, p. 578.

(37) Cf. les affaires A.J. 1961.20, concl. Heumann ; Dr. Social, 1961.143, concl. Heumann, note Teitgen, « Martial de Laboulaye », 28 octobre 1960, Rec. p. 570 et l'arrêt « Shell-Berre et autres », du 19 juin 1964, précité.

(38) Ainsi M. Martres parle d'une véritable « résurrection » du décret d'Allarde par le Conseil d'Etat ; M. Farjat pense que « le maintien du principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'a jamais fait de doute. (Et ce maintien n'est pas platonique). Si on a pu relever de nombreuses tentatives de l'administration de le méconnaître, elles ont toujours été condamnées par le C.E. » (*op. cit.*, p. 104, n° 132.) Par contre, dans le compte rendu que fait M. Philippe Ardant de cet ouvrage dans la R.D.P. (1965, p. 156), cette opinion est critiquée « la jurisprudence récente semble (au contraire) montrer une amenuisement progressif de la portée du principe... ».

(39) « Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie », Chron. XXII, D. 1956.117 : « La liberté reste la règle dans l'Etat dirigiste et interventionniste. Il appartient donc au législateur seul de déterminer les secteurs où elle apparaît nuisible, et ceux dans lesquels son exercice doit être strictement réglementé... (Mais) le C.E. s'incline par contre, devant les restrictions et les interdictions édictées par le législateur, et il en tire toutes les conséquences nécessaires.

d'Etat en tirera toutes les conséquences utiles : l'introduction se fait normalement par la technique législative, la nouvelle répartition de la loi et du règlement de la Constitution de 1958 est de nature à favoriser la transformation progressive de certains secteurs jusque là interventionnistes ou mi-dirigistes, en dirigisme complet (40). Il reste, bien entendu, à voir comment ces implications économiques et juridiques vont se traduire sur le régime du domaine public, de son utilisation et de sa police.

Section II

L'ADAPTABILITE DE LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC AUX REGIMES JURIDICO-ECONOMIQUES

Dans leurs commentaires sous l'arrêt « Daudignac » précité (22 juin 1951), MM. Long-Weil-Braibant écrivent (entre autre) à propos des restrictions que connaît la liberté du commerce et de l'industrie : « ...d'autre part, la liberté du commerce et de l'industrie peut se voir limitée par les principes qui régissent l'utilisation par les particuliers du domaine public, ou l'organisation dans l'intérêt du public, des services concédés » (41). MM. Long-Weil-Braibant s'appuient pour la première série de limitations sur les arrêts « Société des Autobus Antibois » et « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale » bien connus, pour la deuxième série sur un arrêt « Chambre syndicale des entrepreneurs concessionnaires des services de pompes funèbres » du 6 mai 1955 (rec. Lebon, p. 240). Il s'agit certainement dans cette formule d'une synthèse de la pensée généralement admise en ce qui concerne le problème du régime général de l'utilisation du domaine et des pouvoirs de l'administration. Elle correspond d'ailleurs parfaitement à la généralisation de la théorie de la gestion que nous avons analysée et qui s'est faite, finalement, beaucoup plus par la jurisprudence que par la doctrine ou le législateur. Mais, la formule nous paraît trop générale et en même temps trop « littéraire » pour pouvoir être acceptée telle quelle. D'autre part, elle ne met pas suffisamment en vedette, selon nous, l'importance du régime économique. Il convient donc d'analyser le rôle de ces différentes formes de régime économique dans leur rapport avec la théorie de la prédominance du pouvoir de police. Mais auparavant on peut faire quelques remarques très générales sur les rapports entre la domanialité et le régime économique.

(40) C'est l'hypothèse même de l'arrêt du 19 juin 1964 sur les stations-service : il s'agissait de l'extension au secteur de la distribution du régime dirigiste de l'importation et du raffinage.

(41) Grands arrêts, 4e éd., 1965, pp. 350-351 ; 3e éd., 1962, p. 351.

§ 1. — L'insertion du domaine public dans les régimes économiques.

Le domaine public a-t-il une signification économique en lui-même, indépendamment du pouvoir de police ? Telle est la question qui convient certainement d'être posée. Certes, il y eut bien une époque où le domaine public était par nature considéré comme improductif : mais il s'agit là d'une époque révolue depuis fort longtemps, sans que la nature même du domaine fût remise en cause. Déjà l'époque du domaine conçu comme un domaine de police, déjà Ducroq, avaient dépassé ce point de vue trop étroit. C'est, nous semble-t-il, qu'il s'établit une certaine confusion entre les pouvoirs que peut exercer l'administration face aux particuliers et qui sont des pouvoirs de police et les pouvoirs que l'administration peut exercer sur le domaine sans que soient mis en cause les particuliers. Nul ne peut plus contester que l'administration puisse tirer des fruits du domaine — public ou privé — qu'elle puisse ou même qu'elle doivent en assurer l'entretien — sous mise en jeu de sa responsabilité — pour en assurer l'utilisation, mais aussi la meilleure exploitation, dans la mesure où l'affectation n'est pas en cause, particulièrement en matière de voirie, sauf régimes particuliers — organisés par la loi — tels que les autoroutes. Ce que nous avons essayé de montrer, c'est que la domanialité ne pouvait servir à écarter des libertés publiques fondamentales, sans mettre gravement en jeu des principes fondamentaux de notre droit. En matière de voirie, la jurisprudence a fait de l'utilisation un élément d'ordre public, on voit mal comment elle a pu revenir sur le régime qu'elle a elle-même affirmé et continue d'ailleurs de soutenir, parallèlement. Certes, on objectera la distinction entre les utilisations normales ou anormales (ou conformes ou non conformes; on trouve aussi usage « privatif » et « commun » chez M. Trotabas), mais l'acte par lequel l'administration délivre une telle autorisation est, si l'on peut dire, encore plus un acte de police : en effet, le contrôle d'ordre public est encore plus poussé. Il n'est pas besoin de longues démonstrations pour voir dans quelle mesure une utilisation privative est un trouble supplémentaire à la « viabilité » (pour rester sur la voirie terrestre) : le contrôle n'en sera que plus poussé.

S'ensuit-il une immobilisation de l'administration qui se trouverait sans pouvoirs aucuns devant les prétentions des particuliers ? Il n'en est évidemment pas question. La prédominance du pouvoir de police sur le domaine public a une tout autre signification.

M. Martres dit à plusieurs reprises que ce qui fait l'une des caractéristiques fondamentales du domaine public, c'est que toute réglementation concernant son usage a pour effet de statuer sur le régime d'un certain nombre de professions. Aussi cette réglementation nous paraît peu conforme aux nécessités juridiques dans la mesure, par exemple, où par ce biais, l'administration va même atteindre aux libertés publiques. Il s'agit là de moyens détournés qui ne sont juridi-

quement pas soutenables : ne serait-ce pas là le type même du détournement de pouvoir sur une vaste échelle. Certes, la police peut et doit intervenir; et cela même dans des conditions assez larges, l'ordre public est une notion assez souple pour autoriser des interventions assez diverses.

Qu'en est-il, dans ces conditions, du domaine public dans ses rapports avec l'exploitation économique ? La jurisprudence insiste à juste titre sur la mission qu'a l'administration d'organiser une exploitation rationnelle du domaine public : ce n'est là qu'une constatation de pur bon sens. Il s'agit d'une richesse nationale que l'on ne peut laisser sans organisation rationnelle : aussi bien la doctrine a-t-elle établi que non seulement la gestion du domaine public, mais aussi celle du domaine privé ne sont en fin de compte organisés qu'en vue de l'intérêt général, forme moderne de l'ordre public.

La limite est fournie par le régime lui-même : la police se trouve, en effet, face à certaines libertés publiques, dont certaines sont particulièrement protégées (42).

Au point de vue de la réglementation économique, il en résulte une conséquence que nous appellerons la *neutralité* du domaine. Cette neutralité a une signification bien précise : le domaine public peut être utilisé dans le sens de la réglementation économique et servir de base à une réglementation dirigiste, mais uniquement sur la base d'un *texte*. D'autre part, le domaine public peut être utilisé par l'administration pour servir à la politique économique, dans la mesure où cette utilisation ne fera pas obstacle à certaines libertés publiques, étant entendu que même ces libertés peuvent supporter certaines restrictions administratives, mais non une véritable suppression, ce qui est trop souvent le cas.

Nous retrouverons ces divers points de vue en voyant les diverses modalités économiques du domaine public, tant selon les matières (professionnelles) envisagées, que selon le cadre économique général.

§ 2. — La prédominance du pouvoir de police dans le cadre libéral.

Sur la police du domaine public dans le cadre libéral, par hypothèse, il n'y a rien à dire de particulier. En effet, la police « libérale » se définit comme la police qui n'intervient à la limite que dans les cas de « désordre », c'est la période de l'Etat « veilleur de nuit » dont parle M. Charlier. Néanmoins, il faut souligner, même dans ce cadre, la très grande adaptabilité du pouvoir de police, liée à un ordre public conçu au sens le plus strict, la police épousera les formes de cet ordre public tant négativement que positivement.

(42) Il y a, en effet, une hiérarchie des libertés publiques opposables : depuis la liberté du commerce — l'une des plus faiblement protégées — jusqu'à la liberté d'aller et de venir — ou de circuler — qui est presque absolue.

Négativement, nous le savons, c'est le fondement même de la police, au sens par exemple, où l'entendait Hauriou, c'est-à-dire « l'absence de désordre ». Sur le domaine public les troubles à l'ordre public sont particulièrement fréquents et dangereux, d'où une extension de cette police. De même, s'établit la liaison avec la conservation que nous avons déjà examinée.

Positivement, on trouve aussi des formes d'intervention positives. Dans de très nombreux cas, l'administration devra intervenir pour rétablir des conditions normales. Aussi bien d'ailleurs que dans la théorie classique des contrats on admet déjà, lorsque l'ordre public est en cause, des modifications unilatérales (l'affaire des trams de Marseille, malgré les controverses bien connues sur le pouvoir de modification unilatérale peut être tenue pour probante dans ce sens car l'ordre public et la police étaient formellement en cause et visées dans l'arrêt), ces pouvoirs peuvent être étendus à la permission de voirie et pourraient même, selon nous, expliquer l'arrêt « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale » où l'ordre public se trouve en jeu d'une manière particulière, à laquelle le « monopole de fait » dont jouissait la compagnie n'était pas étranger.

En fait, la jurisprudence s'est toujours — à juste titre — montrée fort coopératrice avec l'administration, particulièrement dans ces périodes qui devinrent de plus en plus fréquentes et que l'on appelle les périodes de *crise*. On peut se demander dans quelle mesure la jurisprudence actuelle ne résulte pas tout simplement d'une institutionnalisation non seulement des solutions, mais aussi des périodes de crise elles-mêmes. A certains moments, la jurisprudence fixe cependant les limites que l'administration ne saurait franchir, de manière plus précise, ainsi lorsqu'elle affirme que l'administration ne saurait établir un monopole de droit sans texte (43).

D'autre part, nous pouvons nous contenter de rappeler la jurisprudence relative aux motifs de retrait et de refus des permissions de voirie, ainsi que son évolution.

§ 3. — La prédominance du pouvoir de police dans le cadre interventionniste.

Des trois cadres économiques, c'est certainement celui qui pose le le plus de problèmes. Dans les deux autres cadres, en effet, les choses sont beaucoup plus claires. Aussi bien dans le cadre libéral que dans le cadre dirigiste, en principe, il n'y a aucune difficulté, sauf en période de crise.

Que représente juridiquement le cadre interventionniste dans le régime de l'utilisation et de la police du domaine public ? C'est là certainement ce qu'il y a de plus délicat dans cette technique.

(43) Cf. les deux arrêts du 16 novembre 1956, Rec. p. 440 (2e espèce) « Sté des grandes Tuileries Perrusson et Desfontaine » ; R.D.P. 1957, note Waline et R.P. D.A. 1957.I, conclusions Laurent.

La difficulté majeure de l'interventionnisme est certainement de se situer en dehors de textes précis qui pourraient le consacrer : le plus souvent, en effet, à partir du moment où les textes se font moins rares, on passe très rapidement dans le dirigisme. Mais il faut bien marquer que de toute manière, l'interventionnisme est beaucoup plus une modalité du libéralisme que du dirigisme (44). Comme l'indique M. Farjat (45), par « l'abandon du principe de la non-intervention absolue de l'Etat » : il reste à voir quelles sont, relativement au domaine public, les raisons de cet abandon.

M. de Laubadère relève, dans l'introduction à sa thèse que « par les problèmes inattendus qu'ils soulèvent, par les problèmes particuliers qu'ils mettent en jeu, par les règles nouvelles qu'ils imposent, les phénomènes sociaux et économiques renouvellent constamment le droit » (46), pour mieux rendre compte de certaines transformations, notamment de celles du « régime de l'usage des voies publiques » on serait tenté d'ajouter à la liste des phénomènes modifiant le droit les phénomènes techniques tels l'apparition de l'automobile. Or ce renouvellement, en ce qui concerne le régime de l'usage des voies publiques et la police du domaine public, s'il a été *profond*, n'a finalement été que *partiel*.

Profond parce qu'il a obligé à repenser complètement les solutions classiques régissant la conservation du domaine, le régime des transports en commun et la protection des concessionnaires de l'administration, le régime de l'essence et de sa distribution (47), les autoroutes, les taxis, etc.

Partiel, parce que précisément, la domanialité ne pouvait fournir de véritable fondement — définitif — à ces régimes qui ont dû tous être finalement résolus dans leur cadre propre, c'est-à-dire par une législation et une réglementation appropriée. Si l'on prend, parmi tous ces problèmes, ceux qui n'ont pas connu de tels apports de textes — c'est le cas de la conservation — on s'aperçoit que ces problèmes n'ont pas changé de nature et se posent dans les mêmes termes qu'il y a vingt, quarante ou soixante ans : la domanialité publique ne peut pas par elle-même fournir de réponse. L'interventionnisme ne peut-il, dans une certaine optique, se définir comme l'étape intermédiaire conduisant nécessairement au dirigisme, sauf cas exceptionnels mais rarissimes de retour au libéralisme.

(44) Au sens, par exemple, où l'on dira que la déconcentration n'est qu'une modalité de la centralisation, non de la décentralisation.

(45) FARJAT, *op. cit.*, p. 62, n° 68 sq.

(46) De LAUBADÈRE, Thèse, p. 1.

(47) Dans cet ordre d'idées, il paraît presque trop naïf de souligner la coïncidence entre le développement de l'automobile et la mise sur pied d'un régime particulier de l'importation de l'essence par la loi du 30 mars 1928 (cf. l'historique de cette question dans les conclusions de Mme Questiaux sur l'affaire « Sté des Pétroles Shell-Berre et autres », R.D.P. 1964, p. 1019 sq).

a) Examen d'un cas pratique : les distributeurs d'essence.

C'est certainement l'un des cas les plus probants qui illustre aussi bien les problèmes de l'interventionnisme que ceux du dirigisme.

Il faut d'abord distinguer entre les différents modèles d'occupation privative que peuvent réaliser les distributeurs d'essence. On peut d'abord écarter les types dits à « charriots mobiles » que l'on ne trouve plus guère et dont l'usage est d'ailleurs interdit dans de nombreuses villes (48). A l'heure actuelle, les installations utilisées sont essentiellement de deux types : « les unes consistent en appareils automatiques installés sur trottoirs ou accotements, c'est-à-dire sur le domaine public. Les autres, suivant une tendance qui semble se généraliser, sont constituées par des « stations-service » établies entièrement en terrain privé, exception faite pour les voies d'accès dont une partie au moins est nécessairement située sur le domaine public » (49).

Dans cette très importante circulaire, qui reste en vigueur pour la délivrance de la permission de voirie nécessaire — malgré l'autorisation supplémentaire que doivent obtenir les candidats de la Direction des carburants — le ministre des Travaux publics se penche exclusivement sur les problèmes tirés des « conditions imposées par la facilité et la sécurité de la circulation », c'est d'ailleurs ce seul titre qui permet son intervention, plus encore en ce qui concerne les stations-service qui ne sont pas implantées sur le domaine public et pour lesquelles les pouvoirs de l'administration sont très réduits. Le ministre écrit d'ailleurs « réserve faite des cas où elle peut se prévaloir de servitudes de visibilité, des dispositions prévues par des plans d'aménagement ou d'alignement, ou d'une réglementation spéciale, l'administration ne peut pas, théoriquement, s'opposer à l'installation d'une station sur un terrain privé quelconque. Pratiquement, elle peut refuser de consentir l'aménagement d'accès appropriés à la station, si le choix du terrain est défavorable à la commodité ou la sécurité de la circulation (le propriétaire n'a droit, en effet, qu'à un accès à une voie, perpendiculaire à l'axe de la chaussée, et pratiquement inutilisable pour une station-service à grand débit ». Ce texte est d'autant plus net que le ministre indique : « il est entendu par ailleurs que le point de vue du suréquipement et l'*aspect économique* de la question ressortissent au ministre de l'Industrie et du Commerce (direction des carburants), dont j'ai appelé l'attention et qui se propose de rechercher, en liaison avec les Sociétés distributrices, une solution convenable notamment pour les sorties des grandes agglomérations urbaines » (50).

(48) Cf. pour Paris un arrêté du *Préfet de Police* du 6 mai 1947, art. 13.

(49) Description que nous empruntons à la circulaire du Ministre des Travaux Publics — 6 mai 1954, n° 62 (Direction des routes — 3e Bureau) Annales administratives (Ponts et Chaussées), 1954, T. I, T.P. 329 sq.

(50) C'est cette « solution » qui lorsqu'elle intervint (régime de contingentement des distributeurs) fut attaquée par les Stés distributrices d'essence ; le Conseil d'Etat reconnut la légalité de ce système dans l'arrêt du 19 juin 1964.

Cette circulaire a constitué un véritable renouvellement du régime des distributeurs d'essence car elle aboutissait, pour des raisons de stricte police, à rendre très difficile la création de nouvelles stations (51).

Mais il n'est pas question de considérer que cette circulaire remette en cause le principe de la liberté du commerce et de l'industrie que de nombreux arrêts ont consacré en cette matière. Ainsi, on peut lire dans un arrêt « Bernard » (7 janvier 1932, rec. p. 18) : « considérant que pour refuser au sieur Bernard l'autorisation d'établir un appareil distributeur d'essence sur le chemin vicinal de grande communication n° 7 qui, dans sa traversée de Bordeaux est dénommé Cours-Galliéni, le Préfet de la Gironde s'est exclusivement fondé sur ce que celui-ci n'exerce pas la profession de garagiste; considérant que, s'il peut appartenir au préfet de limiter, en certains cas particuliers, les autorisations d'établissement de distributeurs d'essence, lorsque l'intérêt général et notamment l'intérêt de la circulation l'exigent, il ne pouvait user de ce droit pour réserver, contrairement au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, aux seuls garagistes le droit d'établir sur la voie publique des appareils de cette nature » : la motivation — moins ésotérique qu'à l'habitude — de cet arrêt est intéressante : il convient de relever que cet arrêt n'est rendu que quelques semaines avant l'arrêt « Société des Autobus Antibois » ce qui renforce bien notre hypothèse voyant dans ce dernier arrêt un arrêt relatif non pas tant au régime de l'usage du domaine public de manière très générale, mais spécifiquement relatif au problème de la législation des transports. Cet arrêt est loin d'être isolé : il s'inscrit dans une longue série d'arrêts motivés de manière analogue (52). Les seuls motifs admis par la jurisprudence sont tirés de l'intérêt de la circulation. Des limites sont posées cependant, particulièrement en ce qui concerne l'interdiction de toute publicité (53).

Pourtant, la jurisprudence finira par admettre que l'administration puisse, pour des raisons tirées du pur dirigisme économique, réglementer la création et l'extension des distributeurs. Ce sera la consécration du passage au dirigisme que nous examinerons dans le paragraphe suivant avec l'examen de l'arrêt du 19 juin 1964. Il n'y a jamais eu en cette matière de passage à la « gestion » qui eût impliqué l'abandon du principe de la liberté du commerce et de l'industrie permettant notamment la « réglementation économique » dont parle M. Martres.

(51) Cette circulaire a été complétée par une circulaire n° 5, du 12 janvier 1955 (T.P. 167) qui précise certaines conditions de l'intervention des Ponts et Chaussées (cf. *in* « Appareils distributeurs de carburants - Les stations-service et les voies publiques », par F. Beaucour ; Recueil de Textes, éd. 1964, p. 41).

(52) Cf. par exemple, C.E. 6 janvier 1933, sieur Rey, Rec. p. 24 ; 27 mars 1936, D.H. 1936.365, Druet ; 23 juillet 1937, D.H. 1937.572, Gautheron.

(53) C.E. 21 mars 1934, p. 402 s. Riquet ; 6 juillet 1934, p. 789, Chambre syndicale des pétroles ; 23 octobre 1935, Sté Autodux, p. 975.

b) Application à d'autres secteurs.

Ce schéma classique peut, *mutatis mutandis*, être appliqué à bien d'autres secteurs de la vie économique et professionnelle dans ses relations avec le domaine public et son utilisation.

C'est d'abord le cas du problème des transports en commun que nous avons déjà examiné. L'arrêt de principe « Autobus Antibois » a été rattaché à la notion classique d'ordre public par de nombreux auteurs (M. Teitgen). On le sait, cette jurisprudence a perdu de son « immédiateté » car elle a été dépassée par le décret-loi du 19 avril 1934 sur la coordination des transports. Néanmoins, il n'est pas inutile de citer les termes d'un arrêt du 15 janvier 1936 « Société Fiat, Bosson et Compagnie » qui nous paraît synthétiser le mieux cette jurisprudence (54) : « considérant que si l'article 34 du décret du 31 décembre 1922, en vigueur à la date de l'arrêté attaqué, a assujetti les entrepreneurs de transports en commun à une simple déclaration, cette disposition ne faisait pas obstacle, ainsi qu'il résulte d'ailleurs de l'article 62 du même décret, *à l'exercice des pouvoirs de police* conférés sur les voies publiques aux maires et aux préfets, notamment par *les articles 97 et 99 de la loi du 5 avril 1884;* que ces autorités avaient le droit, dans les limites de leurs compétences respectives, de déterminer, dans l'intérêt de *l'ordre public, de la sécurité et de la commodité de la circulation,* en tenant compte notamment de l'existence de services de transports concédés dans la région intéressée, les conditions auxquelles seraient tenues de satisfaire les entreprises de transports en commun; qu'elles pouvaient même si des circonstances spéciales l'exigeaient, soumettre l'entreprise dont il s'agit à une autorisation préalable; considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans l'espèce, la protection des intérêts ci-dessus définis était de nature à admettre la mesure prise par l'arrêté préfectoral attaqué, dont la Société requérante n'est, dès lors, pas fondée à demander l'annulation ». On relèvera les nuances introduites par rapport à l'arrêt « Société des Autobus Antibois » qui a peut-être été rédigé dans une certaine fièvre. La motivation ici est plus complète et plus soignée, les références législatives plus sérieusement examinées et approfondies : qu'en reste-t-il : en fait, non seulement on doit relever la réintroduction de l'ordre public — dont il ne faut pas bien entendu exagérer la portée — mais surtout le rattachement explicite de la protection du concessionnaire à cette notion classique, plus exactement aux buts classiques d'intervention de la police administrative. A un moment où le Conseil d'Etat se sent « couvert » par le décret-loi de 1934 cette précision paraît plus qu'in-

(54) Rec. p. 61 ; dans le même sens : une série d'arrêts du 10 janvier 1936 : Sieur Guyot, Syndicat des transporteurs automobiles, etc. (p. 43) Sté des autocars Planche (p. 45) et Sté tourangelle des transports Citroën (p. 44) ; du 15 janvier 1936, également : Syndicat patronal des transports en commun du Calvados, p. 60. Il s'agit bien dans cette série d'une « liquidation » du contentieux concernant les situations antérieures au décret-loi du 19 avril 1934, ce qui donne à cette jurisprudence le caractère d'une mise au point.

téressante, elle permet d'accréditer davantage encore la thèse de la jurisprudence de crise pour un certain nombre d'arrêts issus de la jurisprudence « Autobus Antibois ».

Mais une autre conséquence doit être dégagée; les auteurs — à juste titre d'ailleurs — s'ils sont obligés de constater que la jurisprudence citée a perdu de son actualité immédiate et sectorielle (transports), montrent néanmoins que cette jurisprudence peut recevoir application dans certains cas précis : ainsi, par exemple, dans les arrêts précités du 16 novembre 1956 (Société Desaveine et Société des grandes Tuilleries Perrusson et Desfontaine), il faut alors relever que l'interprétation pour être juste, doit correspondre à l'exacte réalité de la portée que le Conseil d'Etat a finalement lui-même reconnue à cette jurisprudence.

Dans la mesure où les textes dirigistes n'interviennent pas, il faut donc — nous semble-t-il — se garder d'attribuer à la jurisprudence citée des conséquences qu'elle n'a jamais vraiment comportées. D'ailleurs, ces textes finissent toujours par intervenir dans tous les domaines où la jurisprudence a été amenée à étendre l'intervention administrative dans un but économique quelconque : en matière de gaz et d'électricité, on a fini par arriver à la nationalisation (loi du 8 avril 1946, cf. la note précitée de M. Rivero au J.C.P., 1948.II.4320) ; en matière de taxis, après qu'une jurisprudence très nuancée se soit développée, une loi est intervenue qui ne s'applique cependant, jusqu'à présent, que dans de rares villes (55) : il en résulte, pour ces villes, une situation quasi réglementaire. Cette loi saisit le problème du taxi dans son ensemble, c'est encore un exemple de « dédomanialisation ». Ainsi, dans ses conclusions sur l'affaire « Syndicat national des Cadres de bibliothèque » (56), Mme Questiaux faisant allusion à un arrêt qui concerne le problème de la réglementation des taxis (57), souligne que : « ...en matière de réglementation du nombre de taxis, la *police* est bien proche de la *réglementation économique* ou de celle du travail ». On remarque que la loi de 1937 ne s'applique finalement que là où les problèmes des taxis sont posés de la manière la plus aiguë, c'est-à-dire dans les plus grandes villes : Paris et Lyon.

On voit donc quelle peut être la signification de la police du domaine public en période — ou en secteur — interventionniste (c'est-

(55) Il s'agit de la loi du 13 mars 1937 sur l'organisation de l'industrie du taxi. Cf. D. Ruzié : « Les taxis », Chron. D. 1960.27 et H. Laulhé : « Les voitures de place dénommées taxis », A.J. 1960.I.163.

(56) 10 janvier 1964, R.D.P. 1964, p. 459.

(57) Syndicat des taxis gapençais, 13 juillet 1962, Rec. p. 477 : il faut aller plus loin encore, dans cet arrêt le seul visa législatif outre l'article 97 est la loi de 1937 : les syndicats des taxis gapençais contestaient la possibilité pour le maire d'intervenir sur la base de l'article 97 en vue de réglementer certains aspects de leur profession (notamment l'interdiction de laver les voitures au point de stationnement). Cf. également un jugement très explicite du tribunal administratif de Lille du 16 octobre 1958 « Lemahieu », A.J. 1959.II.239, n° 211 que l'annotateur appelle « un véritable abrégé du régime juridique de l'industrie du taxi ».

à-dire sans texte) elle visera à pallier à ce défaut de texte, mais sera tenue de rester dans certaines limites que lui a tracées la jurisprudence, par exemple, elle ne peut instaurer de monopole de droit. Certains auteurs ont même contesté la possibilité ou plus exactement la légalité des monopoles de fait qui se sont multipliés un peu partout sur le domaine public dans une semi-clandestinité, en d'autres termes, c'est toujours la vieille notion d'ordre public, devenue fort élastique il est vrai, qui sert de support aux limitations que l'administration peut imposer à l'exercice des libertés publiques.

§ 4. — Le cadre dirigiste et la prédominance du pouvoir de police sur le domaine public.

Ce cadre est beaucoup plus net, les problèmes vont s'éclaircir. C'est dans ce régime, qui est celui de la France dans bien des secteurs, que la police du domaine public retrouve son sens le plus parfait et le moins « tourmenté », car la police y acquiert, en effet, son sens originel.

Nous partirons du problème des distributeurs d'essence, là où nous l'avions laissé dans le cadre interventionniste. Il s'agit de l'analyse de l'arrêt du 19 juin 1964 « Société des pétroles Shell-Berre et autres » (58).

Pour bien comprendre cet arrêt — du moins ceux des considérants qui nous retiennent ici, c'est-à-dire ceux qui étendent le régime dirigiste de l'importation à la distribution — il faut d'abord rappeler que le régime de l'importation du pétrole est, en France, réglementé par une loi du 30 mars 1928, loi « relative au régime d'importation du pétrole », loi qui a été modifiée à plusieurs reprises (loi du 4 avril 1932 - 11 mars 1953 - décret du 2 février 1955 - ordonnance du 24 septembre 1958) (59). Cette loi institue un régime d'autorisation spéciale d'importation délivrée aux entreprises importatrices pour une durée limitée, par des décrets rendus en Conseil des ministres selon une procédure réglementée. Mais l'objet de ces décrets dépasse le cadre d'une simple licence d'importation, l'énumération de la loi n'est pas limitative et des conditions de plus en plus nombreuses sont imposées : ces autorisations vont devenir la source ainsi que le moyen d'une *véritable politique pétrolière française*, l'objectif étant de faire de l'industrie pétrolière française une industrie complète et compétitive.

(58) C.E. (Assemblée), 19 juin 1964, R.D.P. 1964, p. 1019, conclusions de Mme Nicole Questiaux ; A.J. 1964.438, note (critique) de M. de Laubadère. D'autres notes ont été consacrées à cet arrêt (notamment de M. de Soto au Clunet, 1964 ou de M. Jeantet, ainsi qu'une chronique de M. Colliard, mais elles concernent un aspect de l'arrêt qui ne nous intéresse pas ici, celui du renvoi à la Cour Européenne de Justice ainsi que la théorie de l'acte clair).

(59) Nous empruntons l'essentiel de cet exposé à la note de M. de Laubadère, précitée.

Cette situation a été parfaite par deux textes du 3 janvier 1959, un décret 59-95 et un arrêté du ministre de l'Industrie du même jour (60). Le décret du 3 janvier 1959 prévoit, en effet, que « toute création ou extension des installations de réception, de stockage et de *distribution* de produits pétroliers effectuée par les titulaires d'autorisations spéciales d'importation doit avoir lieu conformément :

« à la réglementation technique édictée par le ministre chargé des carburants...;

...aux règles de normalisation validées par le ministre ».

« Cette création ou cette extension ne doit pas être contraire à une mise en place économique des produits pétroliers appréciée du point de vue de l'économie générale du pays. En ce qui concerne les installations de distribution, un arrêté... précisera les conditions, notamment d'emplacement, dans lesquelles les titulaires peuvent participer directement ou indirectement ou sous une forme quelconque, à leur réalisation. »

L'arrêté prévu par le décret est donc publié en même temps, il fixe deux modes de réglementation pour la politique d'installation des distributeurs (le texte vise uniquement les stations-service, non les simples « points de vente d'hydrocarbures ») entre lesquels les titulaires d'autorisations peuvent choisir : un système dit du contingentement, un système dit de l'implantation. L'article 7 de cet arrêté prévoit que « les autorisations du présent arrêté ne dispensent, en aucun cas, les titulaires de l'obtention des autorisations qui peuvent être nécessaires en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires (61).

Ce sont là les deux textes déférés à la censure du Conseil d'Etat. Les sociétés requérantes (elles sont au nombre de sept) arguent notamment de l'illégalité de l'extension du régime de l'autorisation préalable à la distribution. Il faut bien souligner que cette extension ne concerne que les stations-service à l'exclusion des autres points de vente, dont la circulaire de 1954, précitée, soulignait qu'ils cédaient la place progressivement aux stations-service, d'ailleurs ces points de vente sont négligeables au point de vue économique (62). Dans une

(60) *J.O.* du 8 janvier 1959, p. 594 : le décret est « relatif à certaines obligations des titulaires d'autorisations spéciales d'importation de produits pétroliers », il étend l'obligation de l'autorisation à la distribution, c'est-à-dire à l'implantation d'une station-service. L'arrêté du Ministre fixe « les conditions dans lesquelles peuvent être entreprises la création et l'extension des installations de distribution de produits pétroliers ». Tous ces textes ainsi que d'autres textes d'application, *in* BEAUCOUR, *op. cit* (éd. 1964).

(61) Cet article fait évidemment allusion, tout particulièrement aux autorisations domaniales, elle signifie qu'il ne suffit pas qu'une société pétrolière ait obtenu l'autorisation du Ministre chargé des carburants, il lui faut aussi l'autorisation domaniale adéquate, selon la procédure rappelée dans les circulaires du 6 mai 1954 et du 12 janvier 1955, précitées.

(62) Cf. l'article 1er de l'arrêté du 3 janvier 1959 : « Sont considérées comme

circulaire du 28 février 1959 le ministre des Travaux publics (Direction des routes) précise cependant que pour les autres points de vente, l'intéressé doit obtenir un visa de conformité, attestant que l'installation projetée n'est pas une station-service. Pour les stations-service, désormais, la permission de voirie (ou de stationnement) nécessaire est désormais subordonnée à l'obtention préalable de l'autorisation ou du visa de conformité...

Nous ne nous arrêterons pas au problème de savoir si le régime de la loi de 1928 est un régime de monopole ou un régime de contingentement. Cette dernière opinion est celle de M. de Laubadère. Mme Questiaux penche plutôt pour la thèse dirigiste.

Le problème qui nous retient est de savoir si l'autorité administrative pouvait, comme elle l'a fait, soumettre la création d'installations de distributions à des « restrictions de libertés non prévues par la loi » (M. de Laubadère). Pour Mme Questiaux, l'argument tient en deux points :

a) Dans la mesure (et cela ne fait pas de doute) où la loi de 1928 n'est pas limitative mais énumérative « une intervention au stade de la distribution est devenue possible dès le moment où l'évolution économique a créé un lien technique entre la distribution et les objectifs recherchés par la loi... Or ce lien existait en puissance, il est devenu manifeste ».

b) « Il s'agissait dès avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 d'une profession qui n'était pas libre et le gouvernement put, sans porter atteinte à l'article 34, soit réglementer au titre de ses pouvoirs autonomes, soit continuer à user des pouvoirs que lui avait donné la loi de 1928... ». Ces motifs permettent de rejeter la violation de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette argumentation nous paraît très forte. On relèvera que Mme Questiaux *n'évoque nulle part la question domaniale.* On remarque simplement que, effectuant une comparaison entre ces autorisations et les « autorisations de police », Mme Questiaux range expressément les permissions de voirie parmi ces dernières (R.D.P., 1964, p. 1027).

M. de Laubadère ne semble pas avoir été convaincu par cette manière de voir. Il place la discussion sur un autre terrain, celui de « la

création d'installations de distributions de produits pétroliers, pour l'application du décret du 3 janvier 1959 susvisé :

1° La construction, par un titulaire d'autorisation spéciale d'importation de produits pétroliers, de stations-service destinées à la vente en vrac d'hydrocarbures et portant la ou les marques utilisées par le titulaire ;

2° La participation du titulaire sous quelque forme que ce soit, à la construction d'équipement de cette nature ;

3° L'apposition de la ou les marques du titulaire sur une station-service existante ;

4° La transformation en station-service de tout point de vente d'hydrocarbures.

L'extension des installations ainsi définies est soumise aux mêmes règles. »

progression des moyens employés pour investir et réduire (au sens militaire de ces expressions) les divers secteurs de la liberté du commerce et de l'industrie ». L'argumentation de M. de Laubadère nous intéresse de très près, lorsqu'il écrit : « un premier moyen — sujet de commentaires classiques — a été précisément l'utilisation du « biais » des régimes d'autorisations préalable. Selon une jurisprudence bien connue, surtout illustrée, on le sait, en matière d'autorisations domaniales, l'administration à l'occasion des octrois d'autorisations peut imposer aux intéressés des obligations de service public » (63).

Or il nous semble que cette référence n'est pas probante alors d'ailleurs que sur la base de la propriété administrative M. de Laubadère avait abouti à une mise à l'écart des principes tels que la liberté du commerce et de l'industrie. Nous avions longuement examiné cette étape marquée par le « biais » des autorisations : en réalité, il s'avère bien que de la manière dont elle s'est déroulée, elle a abouti à un échec en ce qui concerne le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où il faudra attendre 1957 et l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » pour que, se lançant dans un nouveau « biais » — celui de la gestion — le Conseil d'Etat trouve enfin un moyen de mettre à l'écart le fameux principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Il y a là une véritable somme d'inconnues et aussi d'incohérences de la jurisprudence devant l'application et l'efficacité de ce principe qui ne peut « tomber » qu'en régime dirigiste : or les secteurs dirigistes sont finalement assez rares. Pour ces secteurs on aboutit à une véritable « purification » des pouvoirs de police, puisque désormais, dans l'exercice de ces pouvoirs de police, l'administration sera totalement dégagée des préoccupations économiques ou financières.

Ainsi, en matière de stations-service, l'obtention de la permission de voirie redevient totalement soumise aux seuls intérêts de la circulation, les Ponts et Chaussées agissant sur délégation préfectorale n'ayant, hormis la vérification du visa « économique » uniquement à se baser sur la circulation qui est, on le sait, directement liée à la sécurité et commodité (ce point de vue est d'ailleurs le seul qui émerge dans les circulaires précitées de 1954 et de 1955).

Les textes de 1959 qui ont été validés par le Conseil d'Etat ne sont d'ailleurs plus en vigueur. Ils ont été remplacés par une série de textes dont le dernier est à l'heure actuelle un décret 65-1114 du 26 février 1965 (64) qui porte renouvellement et attribution d'autorisations spéciales d'importation de produits dérivés du pétrole et reprend les solutions de 1959 sans grande modification.

Nous n'avons repris dans ce paragraphe l'exemple des distributeurs d'essence que pour mieux montrer comment la police du domaine public reprend pleinement ses droits — dans la délivrance des per-

(63) M. de LAUBADÈRE s'appuie ici sur « Cie Maritime de l'Afrique Orientale » et « Radio Atlantique » et « Cie Carcassonnaise », précités.

(64) *J.O.*, 27-2-1965, p. 1647.

missions de voirie notamment — dans le régime dirigiste, aussi bien qu'en régime libéral. En d'autres termes, les problèmes posés n'étaient que des problèmes de l'étape intermédiaire, des problèmes donc purement *conjoncturels et sectoriels.* On l'avait déjà souligné à propos de la législation des transports en commun : à certaines époques, il peut apparaître que la domanialité publique est seule à pouvoir fournir certaines solutions indispensables à des situations qui sont d'ailleurs en gros des situations de crise, mais il ne s'agit là que de rôles purement passagers. Le domaine en lui-même ne porte pas ces virtualités économiques. Vis-à-vis des particuliers, seule la police peut jouer, singulièrement dans les cas où fort légitimement ils invoquent certaines libertés publiques et principes généraux du droit qui ne peuvent leur être retirés par des biais artificiels tels la gestion du domaine public (65).

(65) M. Lenoir (p. 77) indique que « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie cède devant le dirigisme économique d'une politique des transports ou devant les privilèges d'un concessionnaire supportant mal la concurrence. Par contre, seules l'urgence et la théorie des circonstances exceptionnelles justifient les limitations aux libertés d'accès des usagers aux biens domaniaux ».

TITRE II

POUVOIR DE POLICE ET ADMINISTRATION DU DOMAINE PUBLIC

Ce titre qui n'est qu'explicatif et qui va illustrer la théorie développée tout au cours de notre étude, sera plus bref que les autres car, en fait, il s'agira d'éléments qui, pour la plupart, sont déjà connus mais qu'il faut réintégrer ici à la lumière de nos conclusions.

Deux chapitres seront consacrés, le premier à l'étude des rapports entre les pouvoirs « domaniaux » et les pouvoirs de police, le deuxième à des problèmes pratiques de l'administration du domaine public; d'une part le problème de la redevance — essentiellement la fixation de la redevance — d'autre part, l'examen à la lumière de la théorie de la prédominance du pouvoir de police du problème de la légalité des concessions exclusives d'affichage sur les palissades privées implantées sur le domaine public.

CHAPITRE PREMIER

Pouvoirs domaniaux et pouvoirs de police.

On trouve souvent dans le vocabulaire utilisé par les auteurs l'expression « pouvoirs domaniaux » que l'on confond parfois soit avec la police de la conservation du domaine, soit, plus simplement et plus fréquemment ces dernières années, la gestion du domaine. Ces pouvoirs domaniaux sont naturellement présentés par opposition avec les pouvoirs de police générale exercés sur le domaine public. Nous avons essayé de montrer tout au long de cette étude ce qu'il en était — selon nous — exactement de cette image un peu simplifiée de la dualité des pouvoirs exercés sur le domaine : cependant, il n'est pas possible de nier purement et simplement l'existence d'un « pouvoir » qui existe au sein de l'administration, différent du pouvoir de police générale. Ce pouvoir est parfois mentionné en jurisprudence par l'expression « pouvoir général d'administration du domaine » (1), ce qui nous paraît être une assez bonne formule dans la mesure surtout où elle fait référence à d'autres secteurs de la vie administrative qui comprennent des « pouvoirs généraux d'administration », par exemple, en matière de fonction publique.

Mais, quelle est la limite exacte de ces pouvoirs, essentiellement dans la mesure où l'on considère la prédominance du pouvoir de police sur le domaine public ? C'est ce qu'il nous appartient d'essayer de déterminer maintenant.

En premier lieu, comme toujours, il convient de souligner certains problèmes de vocabulaire qui sont primordiaux. Ce n'est qu'ensuite que nous pourrons essayer de voir les limites exactes des deux ordres de pouvoirs.

(1) Expression utilisée, par exemple, dans l'arrêt « Sté auxiliaire de l'entreprise », du 5 mai 1944, Rec. p. 131, R.D.P. 1944.247, concl. Chenot, note Jèze.

§ 1. — Vocabulaire juridique et vocabulaire technique.

C'est « dans le souci d'éviter les confusions de langage » que le ministre des Travaux publics d'abord, puis le ministre de l'Intérieur (2), ont mis au point une nomenclature particulière, mais il faut souligner qu'il ne s'agit là que d'une nomenclature *technique*, non de la détermination des pouvoirs exercés.

C'est dans un sens technique d'ailleurs que l'expression « gestion » est utilisée par le législateur et les différents textes réglementaires. Ainsi, lorsque l'article R 53 du Code du domaine de l'Etat établit que « les autorités administratives chargées de la gestion du domaine public national ont délégation permanente des préfets pour autoriser les occupations temporaires et le stationnement sur les dépendances du domaine public dont elles ont la garde », on peut s'étonner de l'abondance et de la diversité des termes utilisés dans ce court article : gestion, garde, actes d'administration. La « gestion » dont il s'agit ici n'est pas la gestion qui est celle de la jurisprudence à l'heure actuelle. Cela est évident si l'on songe qu'elle se rapporte dans cet article à des corps tels que les Ponts et Chaussées dont les pouvoirs « juridiques » sont en principe inexistants. Il s'agit uniquement d'attributions techniques. Or ce sens de la « gestion » semble continuer à subsister à côté du nouveau sens. C'est ainsi que certains textes, pour éviter des confusions, parlent désormais de « *la gestion technique* » de la voirie (3). Ce besoin d'accoler une épithète à la « gestion » traduit bien l'impasse à laquelle risque de mener cette nouvelle manière de concevoir la gestion, c'est pourquoi nous préférons l'expression « administration » qui est plus neutre et moins « technique ». L'administration englobe, en effet, certaines attributions proprement juridiques, telle que la prérogative de fixer les affectations spéciales dans la mesure où il n'y aura pas atteinte à une faculté légale ou à une liberté publique fonctionnant sur le domaine. La réticence à caractériser la permission de voirie apparaît cependant dans de très nombreux cas, nous avons signalé la réponse écrite du ministre de l'Intérieur (7 septembre 1962) qui qualifie expressément les permissions de voirie d'actes de gestion, ainsi que la qualification donnée par Mme Questiaux. Tout se passe comme si l'on voulait considérer — à la limite — la permission de voirie comme un acte de police pris en vertu des pouvoirs de gestion, la part de la police dans la permission étant incompressible.

On trouve le même problème en ce qui concerne la conservation. Il est clair qu'il ne faudrait pas déduire de ce qu'il n'y a pas de po-

(2) Cf. les Annales de la Voirie juin-juillet 1963, circulaire 337 du 21 juin 1963 du ministre de l'Intérieur et circulaire 64 du 4 juillet 1957 du ministre des Travaux Publics. Cf. aussi circulaire 723 du ministre de l'Intérieur (29 décembre 1964), Annales de la Voirie, 1965, p. 1.

(3) Cf. « La gestion technique de la voirie communale », *in* Annales de la Voirie, 1961, p. 147.

lice de la conservation — selon nous du moins — qu'il n'y a pas d'activité technique chargée de la conservation. On sait que l'entretien des routes est une dépense obligatoire des communes et que la responsabilité pour défaut d'entretien peut être mise en cause — selon des modalités que la jurisprudence précise : quelle est la fonction du service technique, tant au niveau de la commune que du département ou de l'Etat ? C'est bien entendu le service technique qui assurera l'entretien — il prend même les initiatives dans la limite de ses crédits — mais ce n'est pas lui qui sera responsable dans le cas des dommages éventuels pour défaut d'entretien. La limite entre ce qui est technique et ce qui est « juridiquement opposable » est donc facile à déterminer; pour ce qui est du vocabulaire, il faudra veiller à ne pas confondre le vocabulaire des services techniques avec le vocabulaire des services « juridiques », le même mot pouvant avoir un sens différent, par exemple, le mot « entretien ».

Il y a ainsi trois étages dans l'intervention administrative face au domaine, d'une part, à l'étage le plus inférieur, l'intervention purement technique de certains services qui ne sont d'ailleurs que des services techniques (Ponts et Chaussées) mais qui peuvent recueillir d'autres fonctions sur délégation; au stade intermédiaire, l'intervention domaniale, effectuée par la personne « gardienne » du domaine public, elle met en cause les responsabilités financières tant au sens positif qu'au sens négatif; au stade supérieur la fonction de police, celle qui est en relation avec le « public usager ». Or à chacune de ces étapes correspond un vocabulaire bien précis qu'il faut bien se garder de confondre et donc d'attribuer — pour des raisons de délégation, par exemple — à un étage « supérieur » ou « inférieur » une fonction qui est inhérente à un autre stade de l'intervention. Il est certain, nous l'avons souligné à plusieurs reprises, que dans de nombreux cas — dont la « gestion » est peut-être l'exemple le plus frappant — la confusion entre les pouvoirs est partie à la base d'une confusion dans le vocabulaire.

§ 2. — Le rôle des pouvoirs « domaniaux ».

Comment s'établit la liaison entre les pouvoirs domaniaux et la police ? Nous avions signalé un passage de M. Jansse où celui-ci montrait que l'une des caractéristiques fondamentales du commerce juridique spécial qui s'établit sur le domaine public, était qu'il résultait d'une part, des pouvoirs de police, d'autre part, de l'interférence de ces pouvoirs de police avec la mainmise de fait que l'administration a sur le domaine. Dès lors, il n'est que trop évident que la « théorie de la gestion » n'est qu'une consécration juridique de cette mainmise de fait, consécration opérée par la jurisprudence, mais qui ne laisse pas de troubler.

Cest pouvoirs domaniaux comment s'établissent-ils ? Ils sont en fait extrêmement larges, particulièrement si l'on considère qu'ils englo-

bent la prérogative du changement d'affectation. L'affectation, notion souvent étudiée à l'époque contemporaine (4) n'est évidemment pas une notion de police. On cherche le plus souvent à la rattacher à l'idée de propriété, en faisant de l'affectation une prérogative du propriétaire. Nous ne pouvons étudier ici les problèmes posés par l'affectation de manière générale. On distingue d'ailleurs entre une notion d'affectation « interne » et une notion d'affectation « externe ». Selon l'expression de M. Lenoir (5), « l'une est une pure disposition d'ordre intérieur » (le bien demeure dans le patrimoine de la personne publique qui le confie à l'un de ses services en régie), « l'autre un véritable procédé de création ou de développement du service public » (dans cette hypothèse le bien est confié à une personne juridique distincte). Mais dans les deux cas, il s'agit de notre point de vue, d'un acte qui ne peut atteindre aux facultés légales du public usager (6). Dans la plupart des cas d'ailleurs ces facultés légales d'usage sont assimilées à des conditions de l'ordre public : n'est-ce pas là tout le sens de la fameuse notion de commodité et de sécurité de la circulation, ainsi que celle plus synthétique de viabilité. De même, dans l'arrêt « Commune de Saint-Brévin-les-Pins » dont la rédaction assez claire exprime que les autorisations d'occupation privative du domaine public (qui sont données « dans l'exercice des pouvoirs de gestion du domaine) ne peuvent légalement intervenir que si, « compte tenu des nécessités de l'intérêt général, elles se concilient avec les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y exercer, ainsi qu'avec l'obligation qu'a l'administration d'assurer la conservation de son domaine public ». Comme l'indique M. Lenoir, la notion de public usager devra être définie en fonction de l'affectation, en raison notamment de la notion d'usage conforme.

Les seules atteintes légales à cette faculté d'usage ne pourront être réalisées que sur la base des pouvoirs de police. Ainsi, par le biais d'un règlement de police, en ce qui concerne, par exemple, la circulation ou même la conservation dans la mesure où la sécurité est également en jeu.

Inversement l'administration ne peut opposer aux usagers qui demenderaient des permissions de voirie des necessités de la gestion qui lui sont internes, elle ne pourra qu'opposer des nécessités tirées de l'ordre public et de l'intérêt général, mais on sait que ces notions ont subi de sérieuses modifications et extensions ces dernières années. De toute manière on ne voit pas comment dans la délivrance de permissions de voirie opérée sur la base de pouvoir de gestion, on pourrait faire obstacle à certaines libertés publiques fondamentales.

Le rapport avec la police est donc assez clairement établi. Il n'y a pas de « police du domaine » simplement une police de l'*usage* du

(4) Notamment par MM. Duverger, Maroger et Lenoir, *op. cit.*

(5) Lenoir, *op. cit.*, p. 21.

(6) C'est le problème de l'arrêt « Sté Auxiliaire de l'Entreprise », du 5 mai 1944 (cf. Lenoir, p. 32).

domaine. Les pouvoirs correspondant à la détention du domaine sont réels, mais ne peuvent précisément s'étendre à l'usage du domaine, si ce n'est temporairement ou dans des conditions très limitées. Peut-être faut-il rappeler que la police s'adresse non aux biens composant le domaine mais aux particuliers, qui, d'une manière ou d'une autre, sont en relation avec ces biens. Certes, ce sont toujours des considérations tirées de la gestion « interne » qui viendront guider la décision de police (externe) mais pour s'exprimer juridiquement et valablement la décision devra revêtir les qualités — tant au point de vue du fond que de la forme — de la décision de police. Les pouvoirs domaniaux ou pouvoirs de gestion, ne sont pas éliminés, simplement ils sont replacés dans ce qui paraît être leur cadre exact.

On voit donc ce que signifie la notion de « prédominance » du pouvoir de police sur le domaine public. Elle permet de tenir compte, très largement, du profond développement de l'activité de gestion sur le domaine public. Il y a une cinquantaine d'années, on aurait pu parler de l'exclusivité du pouvoir de police. Mais, aujourd'hui, la gestion doit, d'une certaine manière, être réintégrée, car elle semble s'être réalisée sur deux plans :

— la part des préoccupations de gestion (purement domaniales) a cru, au détriment de la police dans son acception classique. Le rapport qui s'établit désormais entre la police et les pouvoirs domaniaux est un rapport de compatibilité plus que de conformité. La « prédominance » de la police représente dès lors la dernière limite. Ainsi, comme on l'a montré, l'intérêt financier n'est jamais admis.

— on peut aller plus loin encore. La mutation provoquée par la gestion a été plus profonde. Le but de police lui-même a été atteint et a subi des modifications internes. La police intègre une part de patrimonialité (ainsi dans l'exemple de la viabilité). Cette intégration représente l'adaptabilité de la notion de police, mais inversement, elle exclut sa dénaturation.

De cette vaste confrontation, la police du domaine public sort transformée mais aussi revivifiée. Son *unité* reste intacte, sa *prédominance* incontestable.

CHAPITRE II

Application de la théorie de la police du domaine public à deux exemples tirés de la pratique.

§ 1. — Le problème de la redevance et de son mode de calcul.

Il n'est pas question de rouvrir ici la vieille question du fondement juridique de la redevance : loyer selon Berthélémy, taxe ou attribut de la propriété pour d'autres. A l'heure actuelle, il s'agit d'une question dépassée.

On sait que les redevances sont à l'origine essentiellement d'origine législative. Depuis la loi du 11 frimaire an VII pour les concessions sur le domaine public municipal, jusqu'à la loi du 29 juillet 1881 qui autorise définitivement les « redevances à titre d'occupation temporaire ou de location, et terrestre et de ses dépendances » : la légalité de la perception de ces redevances est définitivement établie.

Le régime des permissions de voirie a été également transformé par le problème des redevances : il convient de mettre en relation les redevances et la théorie de la police du domaine public.

Il est certain qu'à l'heure actuelle la redevance présente un caractère *économique* de plus en plus poussé. La circulaire n° 33 OG du 20 février 1956 (1) est assez nette sur ce point. Elle distingue entre l'élément fixe de la redevance (valeur locative du droit concédé ou de l'emplacement) et l'élément variable (qui est fonction des bénéfices et avantages de toute nature dont l'autorisation peut être la source. Certes, l'article 22 de la loi du 6 juillet 1948 avait pris des dispositions

(1) Cf. Roger Pollet, art. cité, R.P.D.A. 1956.

particulières en ce sens (2), mais l'article R 56 du Code du domaine de l'Etat est beaucoup moins précis puisqu'il prévoit que : « toute redevance stipulée au profit du Trésor doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au concessionnaire... ». Il faut cependant souligner que les dispositions ne s'appliquent qu'au domaine public national, ainsi qu'en témoignent d'ailleurs deux circulaires du 31 août 1956 (n° 362) et du 23 février 1959 (n° 77 AD/I) adressées aux préfets. Dans la première de ces circulaires (3), le ministre établissait pour les communes deux possibilités de fixation de redevance (en matière de distributeurs d'esence) dont l'une faisait appel à un élément variable, calculé en fonction du nombre d'hectolitres vendus par le permissionnaire. Dans la deuxième circulaire, le ministre — se basant sur l'avis de la Cour des Comptes — revient sur cette interprétation et indique « que la jurisprudence a toujours considéré que les redevances dues pour occupation du domaine public ne devaient être calculées que d'après la surface occupée ou la gêne apportée à l'utilisation publique du domaine » (il s'agit toujours du domaine public départemental et communal) car, si pour le domaine public national il en va autrement, c'est à cause de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1948. Le ministre revient donc sur l'institution d'une taxe variable et indique que les Conseils généraux et municipaux « fixeront ces taux en tenant compte des considérants énoncés par la Haute Juridiction ».

Ainsi donc le caractère économique du mode de calcul de la redevance est-il essentiellement fondé sur un texte spécial et par conséquent, limité au seul domaine public national, puisque, ailleurs, il n'y a pas eu de texte.

Le Code du domaine de l'Etat fait d'ailleurs — pour le domaine public national — de la fixation des redevances un élément quasi réglementaire : l'article R 55 dispose en effet que : « les directeurs départementaux des domaines fixent les redevances dues pour l'occupation ou l'utilisation de toute nature du domaine public national, sans limitation de montant lorsqu'il est fait application d'un tarif établi par une loi, un décret ou un arrêté et dans la limite d'un montant annuel de 10.000 NF dans les autres cas ». Ce caractère réglementaire accentue l'aspect fiscal de la redevance, aspect d'ailleurs prédominant dans le contentieux.

Le contentieux est, en effet, assimilé à celui des impôts indirects, c'est-à-dire que ce seront les tribunaux judiciaires qui seront compétents (4). Plus encore, en ce qui concerne le caractère de ces redevances, le contentieux est judiciaire même pour les redevances dues pour occupation à titre contractuel du domaine public. Il s'agit là

(2) Loi 48-24 du 6 janvier 1948 (J.C.P. 1948.III.12864) prévoyant aussi la révision annuelle des conditions financières des concessions (cf. art. L 33 du Code du Domaine de l'Etat).

(3) Ces textes se trouvent dans F. Beaucour (éd. 1965), pp. 71 et 147.

(4) Cass. Civ., 13 janvier 1947, « Cie Lyonnaise des Eaux » ; Cass. Civ., 25 février 1947, E.D.F., J.C.P. 1947.II.3914, note J.L.

d'une notable exception au régime du décret-loi du 17 juin 1938 (5). La circulaire du 20 février 1956 sur le mode de calcul des redevances ne fait pas de distinction entre les occupations à titre unilatéral et à titre contractuel. La compétence ne peut cependant s'étendre à la régularité de l'acte lui-même qui reste administrative par application du décret-loi de 1938.

Le caractère fiscal de la redevance est donc fortement accentué. Il y a sur ce point une très nette distinction entre le point de vue fiscal et l'aspect de police qui ressort de l'article L 28 du Code du domaine de l'Etat qui dispose que : « Nul ne peut occuper une dépendance du domaine public national ou d'utiliser dans des limites excédant le droit d'usage qui appartient à tous.

Le service des domaines constate les infractions aux dispositions de l'alinéa précédent en vue de poursuivre, contre les occupants sans titre, le recouvrement des indemnités correspondant aux redevances dont le Trésor a été frustré, le tout sans préjudice de la répression des contraventions de grande voirie. » On pourrait d'ailleurs s'interroger à loisir sur cette opposition ou plus exactement cette complémentarité entre redevance et contravention de grande voirie. Elle signifie, par exemple, que l'occupation sans autorisation d'une fraction du domaine public (national) sera poursuivie en contravention de grande voirie — ce qui paraît tout à fait normal — mais aussi en vue de percevoir les redevances.

D'ailleurs les cas de cette sorte en jurisprudence ne sont pas rares, encore qu'il faille les interpréter très soigneusement. Ainsi un arrêt du 11 février 1955 (ministre des Travaux publics et Port autonome du Havre, rec., p. 87, R.P.D.A., 1955, n° 153) qui précise que la procédure de répression des contraventions de grande voirie ne saurait servir à assurer le paiement des redevances dues. Dans un arrêt plus récent (Société « Les Matériaux de Garonne », 21 octobre 1964, A.J., 1965.II.280, n° 80, note P.L.) le Conseil d'Etat va jusqu'à considérer que le fait pour le Port autonome de Bordeaux d'avoir continué à percevoir les redevances au-delà de la date d'expiration de la permission de voirie (qui avait été dûment dénoncée) ne constitue pas un cas d'exemption de contravention de grande voirie — alors même que le port avait indiqué qu'il était disposé à accorder un renouvellement (partiel) de l'autorisation de voirie en question ! Il y a là quelque chose de troublant qui pourrait laisser croire à un dédoublement total entre l'occupation illicite — qui, au titre de la grande voirie, relèverait de la police — et la soustraction de redevance que l'on pourrait assimiler à la gestion. Peut-être même peut-on imaginer que l'on s'achemine lentement vers l'affirmation très nette du caractère économique de la redevance, ce régime déployant ses effets dans un domaine tout autre que celui de l'autorisation proprement dite. A l'heure actuelle,

(5) Cf. Dufau Jclasseurs adm. 406-2, n°s 164-165, p. 17, cependant cette exception est limitée aux cas — qui sont les plus fréquents — où la redevance est fixée en vertu d'un tarif préétabli.

cependant, il est permis de dire que le régime de la redevance trouve encore un fondement juridique dans le cadre général de la police du domaine public, bien qu'il présente déjà des particularités économiques assez marquées.

§ 1. — Le problème de la légalité des concessions exclusives d'affichage sur les palissades privées implantées sur le domaine public et la théorie de la police du domaine public.

En fait, il s'agit d'appliquer à ce problème débattu en doctrine depuis quelques années, la théorie que nous avons essayé de dégager de la prédominance du pouvoir de police sur le domaine public dans ses rapports avec les usagers.

Nous emprunterons l'exposé des faits de cette question à M. P. Lavigne (7) : « de nombreuses communes (spécialement des villes importantes) passent avec une entreprise d'affichage un contrat réservant à celle-ci, moyennant le versement d'un droit annuel fixe ou proportionnel, l'affichage sur les immeubles bâtis du domaine public ou privé communal. L'entreprise « concessionnaire » ou « fermière » se voit aussi réserver dans ces contrats conclus normalement par voie d'adjudication l'affichage sur les palissades provisoirement édifiées sur la voie publique pour entourer les démolitions ou les constructions d'immeubles. C'est la légalité de ces dernières dispositions qui est mise en doute, notamment par M. Vedel (8) ».

Avant cependant d'analyser la situation juridique, il faut approfondir quelques données concrètes qui détermineront la qualification juridique.

S'agit-il d'autorisations de voirie ou d'autorisations de stationnement ? Si M. Lavigne penche pour la thèse du permis de stationnement (9), il indique cependant que ce fait ne saurait être « de nature à limiter les pouvoirs de l'autorité municipale... car la gestion doit prendre en considération l'intérêt collectif des usagers comprenant à la fois les considérations de police de la circulation et de saine gestion patrimoniale ». Dans son étude sur cette question, M. Kovar (10) avance que « la solution de cette question (autorisation de voirie ou permis de

(6) *Supra*, 2e partie, Titre II, chapitre 2, section 2.

(7) Pierre Lavigne, chron. D. 1962, XXXIII, pp. 199-202.

(8) Note sous Trib. Grande Instance de Strasbourg, 1er mars 1962, réf. J.C.P. 1962.II.12643 : confirmé en appel : 11 octobre 1963, J.C.P. 1964.II.13473 *bis* ; cf. également la note C.J. dans A.J. Propr. Immobilière, 1962.588.

(9) « Le fait que son installation a un caractère temporaire et que son implantation ne modifie pas l'assiette du domaine public permet d'y voir plus un permis de stationnement qu'une permission de voirie. »

(10) Art. cit., J.C.P. 1964.I.1841.

stationnement) n'a aucune incidence sur la suite de la question que nous envisageons ». Pourtant, rien ne nous paraît moins sûr, dans la mesure où l'on admet la « théorie » de la gestion, ce qui semble être le cas de MM. Lavigne et Kovar. En effet, ou bien l'on admet qu'il n'y a pas de différence entre le régime juridique du permis de stationnement et celui de la permission de voirie (11) — ce qui n'ira pas sans poser des problèmes, particulièrement quant au régime général de l'usage du domaine et de la restriction aux libertés publiques exercées sur le domaine public — ou bien, on admet de telles différences, et dans ce cas, bien entendu, les conditions sont toutes différentes, singulièrement les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie réalisables dans le cadre des permis de stationnement seront moins poussées que dans le cadre de la gestion et des permissions de voirie.

Les palissades emportent généralement modification de l'assiette du domaine, par conséquent il s'agit effectivement de permissions de voirie, non de permis de stationnement. Cependant, si nous pensons, comme M. Lavigne ou M. Kovar, que la distinction n'a pas d'importance, c'est pour des raisons diamétralement opposées, à savoir que nous avons considéré que la permission de voirie constituait — comme le permis de stationnement — un acte de police, non un acte de gestion.

Le premier problème posé est de savoir à quel texte il faut rattacher le pouvoir dans l'exercice duquel l'autorisation va être délivrée. Pour M. Kovar, on peut le rattacher soit à l'article 97, soit à l'article 99 du Code de l'administration communale. Pour M. Lavigne, c'est l'article 99 qui doit jouer. Il affirme que « la gestion doit prendre en considération l'intérêt collectif des usagers comprenant à la fois les considérations de la police de la circulation et de saine gestion patrimoniale », ce qui semble indiquer une utilisation du mot « gestion » dans ses deux sens possibles dans le droit domanial actuel, caractérisant assez bien les possibilités de confusion qu'a engendré l'adoption du nouveau sens. En fait, cependant, pour nous, le problème n'a pas d'importance, qu'il soit pris en vertu de l'art. 97 ou de l'art. 99, il s'agit toujours d'un acte de police (pris d'ailleurs dans le cadre des pouvoirs de police du maire si l'on se rapporte à la structure du Code) : on ne voit pas d'où M. Kovar peut conclure que si les actes sont pris en vertu de l'article 99 ils sont des actes de gestion. Rappelons le texte en cause : « Il (le maire) peut, moyennant le paiement de droits fixés par un tarif dûment établi (sous réserve qu'il ait été reconnu que cette attribution peut avoir lieu sans gêner la voie publique, la navigation, la circulation et la liberté du commerce) donner des permis de stationnement ou de dépôt temporaire sur la voie publique, sur les rivières, ports et quais fluviaux et autres lieux publics. » Le seul élément de gestion qui intervienne ici est la fixation du tarif. La fixation du tarif est, en effet, un acte de gestion qui relève du *Conseil municipal*, alors

(11) Ce qui n'est pas le cas de M. Guldner qui a pourtant fait admettre la théorie de la gestion.

que la délivrance de la permission de voirie ou du permis de stationnement relève du maire, autorité de police (12).

Dans son étude M. Kovar présente l'objection la plus sérieuse à la légalité de ces concessions exclusives d'affichage, en tant qu'elles s'étendent aux palissades privées implantées sur le domaine public. Nous avons examiné dans quelle mesure l'administration pouvait écarter sur le domaine public l'application du vieux principe de la liberté du commerce et de l'industrie : en fait, il faudra que la matière dans laquelle interviendra la mesure contestée soit une matière interventionniste ou dirigiste : or cela n'est absolument pas le cas. Il s'agit bien plus d'une matière de police, ainsi que le rappelle M. Vedel dans sa note, lorsqu'il parle de la « nécessaire conciliation, classique en matière de police, des intérêts de l'ordre public et des libertés publiques ». Il n'y a en matière d'affichage aucune possibilité de soutenir que l'ordre public était en jeu. Dans son arrêt de 1937 le Conseil d'Etat avait d'ailleurs bien marqué qu'il n'était pas possible à une ville d'ériger l'affichage en service géré en régie, car manifestement il ne s'agissait pas d'une « matière » interventionniste (13).

Il n'y a pas ici d'intérêt économique, mais un intérêt financier pur et simple : la somme touchée par la ville sera plus forte, montre M. Lavigne, si la concession consentie peut s'étendre à ces palissades. On ne voit pas ce que peut représenter ici une référence à « un intérêt général de l'aménagement du domaine public » (14).

L'application à cette question débattue en doctrine de la théorie de la prédominance du pouvoir de police permet, semble-t-il, de déterminer une solution judicieuse et juridique. Dans la mesure, en effet, où intervient, d'une manière que personne ne conteste, une entrave à la liberté du commerce et de l'industrie, il faut admettre que, si la matière n'est nullement dirigiste ou interventionniste, la légalité de ces concessions dans la mesure où elle s'étend aux palissades privées, n'est pas soutenable. Pourtant, il n'y a là aucune stérilisation de l'administration du domaine : dans la mesure où une telle concession s'étendrait aux palissades, il faut voir que l'on aboutirait à la constitution d'un véritable monopole de droit, proscrit par ailleurs par la jurisprudence : un tel monopole, il faut le souligner, n'est d'ailleurs pas plus admissible dans le système de la police que dans celui de la gestion. Il ne faut pas confondre, en effet, gestion du do-

(12) *J.O.*, Débats Sénat rép. Ministre Intérieur, 7 septembre 1962, p. 1093. On remarquera que M. Vedel, dans sa note ne parle pas de la gestion, mais de l'administration du domaine : « on peut bien admettre que les autorités chargées de l'administration du domaine prennent en considération un ensemble d'éléments variés pour l'octroi d'autorisations diverses... ».

(13) « Agence Nationale d'affichage », 5 octobre 1937, p. 811.

(14) Formule utilisée dans un jugement favorable à la légalité de ces clauses « S.A.R.L. L'Office technique d'affichage », Trib. adm. de Nice, 8 juin 1962, D. 1962.582, *contra* un jugement (inédit) du tribunal administratif de Lyon du 13 décembre 1957 cité par M. Vedel dans sa note... ainsi qu'un jugement du tribunal administratif de Marseille du 5 mai 1961, A.J. 1962.J, n° 61.

maine et gestion des affaires municipales : s'il est, en effet, certain que la légalité de cette mesure serait de nature à favoriser l'intérêt de la gestion financière des affaires communales, elle ne correspond nullement à un quelconque « intérêt général de la gestion du domaine ». Il faut d'ailleurs rappeler qu'il existe, en cette matière, une police spéciale, établie au profit du préfet par la loi du 12 avril 1943. Cette police a pour but la protection de l'esthétique. Dans un arrêt du 14 mars 1941 (antérieur, donc, à la loi du 12 avril 1943) (15), le Conseil d'Etat avait admis la légalité d'une concession exclusive d'affichage sur les palissades, mais le motif par lequel le Conseil d'Etat admet cette légalité est un motif tiré de l'esthétique, c'es-à-dire un motif de *police.*

(15) Compagnie nouvelle des chalets de commodité, Rec. p. 44.

Conclusion

Au terme de cette étude, il convient de formuler un certain nombre de remarques, notamment en ce qui concerne la portée globale de la théorie proposée de l'unité et de la prédominance du pouvoir de police sur le domaine public.

En premier lieu il convient de bien souligner que la prédominance du pouvoir de police que nous avons cherché à établir, ne concerne que les rapports de l'administration et des usagers du domaine. Elle ne concerne en aucune façon les problèmes internes à l'administration : il est clair que dans l'administration du domaine public, telle qu'elle est réalisée au point de vue interne, on assiste au déploiement de larges pouvoirs de « gestion » purement domaniaux, mais ces pouvoirs restent précisément limités à tout ce qui est interne à l'administration et ne sont pas opposables aux usagers du domaine public. Il convient d'ailleurs de rappeler également qu'il ne faut pas confondre les pouvoirs de gestion du domaine public (pouvoirs internes) avec la « gestion des affaires municipales » (par exemple) : très souvent il y a des interférences qui rendent assez délicates les nécessaires distinctions. Ainsi, nous l'avons vu, en ce qui concernait, par exemple, les problèmes de gaz et d'électricité, on est passé très rapidement — presque insensiblement — des aspects domaniaux aux aspects plus généraux de la gestion municipale : la similitude de vocabulaire a — comme il arrive souvent — favorisé, sinon provoqué une confusion au fond.

En second lieu, nous avons cherché à dissiper un certain nombre d'ambiguïtés qui ont progressivement recouvert toute la matière de la police et de l'administration du domaine public.

En ce qui concerne d'abord la police de la conservation, l'ambiguïté est très ancienne. Il s'agit, en effet, d'une formule qui a été admise par une grande partie des auteurs mais avec une certaine gêne assez manifeste. Il fallait, dès lors, examiner le problème au fond pour arriver à montrer qu'il s'agissait d'une erreur de forme et de fond.

Plus grande encore est l'ambiguïté qui règne autour de la « gestion » du domaine public. Le problème est, en effet, singulièrement plus récent et lié à des considérations de grande actualité juridique et économique.

La plupart des auteurs ont souligné les ambiguïtés qui entourent la théorie de la gestion du domaine. La jurisprudence elle-même semble parfois hésitante ou contradictoire.

Ces ambiguïtés tiennent avant tout à un changement de perspective total : la gestion normalement conçue comme « administration » du domaine public, ne pouvant porter atteinte aux facultés légales d'utilisation du domaine public par les particuliers. Certes, les autorisations privatives, notamment pour des utilisations « anormales » du domaine, sont fortement teintées de préoccupations gestionnaires, mais plus spécialement à l'heure actuelle, il ne s'agit plus de préoccupations patrimoniales, mais, en général d'une *politique économique* dont l'assiette est domaniale. Le fondement de l'intervention, en période de crise — une crise économique est *aussi* une crise — peut être la domanialité publique par l'intermédiaire des pouvoirs de police, mais ces pouvoirs ne pourront réaliser une véritable politique économique cohérente et globale. La domanialité publique n'est pas et ne peut pas être le fondement juridique d'une politique économique.

Il nous a semblé, dès lors, qu'il fallait essayer de remettre en cause les principes admis à l'heure actuelle par la majorité des auteurs

En troisième lieu, il faut bien comprendre qu'il ne s'agit nullement, dans notre esprit, lorsque nous proposons notre théorie du pouvoir prédominant de police, d'un retour pur et simple à la vieille théorie du domaine de police du milieu du XIX^e^ siècle. Il n'aurait été nul besoin d'une aussi longue étude pour aboutir à un point de vue aussi simplifié et finalement très décevant. Aussi, on l'a remarqué, notre souci constant aura été de montrer l'adéquation de ce système avec l'état de notre droit actuel, à l'exception de quelques critiques portées à la jurisprudence notamment celle concernant la « gestion » du domaine.

Il aura fallu montrer aussi que cette prédominance du pouvoir de police n'aboutit pas à stériliser l'administration dans ses multiples tâches nouvelles et croissantes. Non seulement, d'ailleurs, le rapport qui s'établit ainsi est un rapport de compatibilité, mais également un rapport de véritable conformité (1). La souplesse de ce régime lui permet de s'adapter instantanément aux évolutions incessantes qui se produisent constamment. La police du domaine public est conçue, dès lors, non seulement comme une théorie mais comme une *technique* permanente d'adaptation et de régulation, propre au domaine public et à la multitude des problèmes qu'il peut soulever.

(1) On sait que cette terminologie (conformité et compatibilité) a été avancée par M. Eisenmann.

Enfin, il fallait étudier les rapports généraux entre police et domaine public, rapports particulièrement complexes. On aboutissait à montrer que, au départ, il s'agissait de deux régimes complètement différents, mais que ces deux régimes finissaient par trouver un terrain de rencontre dans certaines particularités du domaine, notamment lorsque l'ordre public se trouvait en cause, ces cas se multipliant considérablement pour de très nombreuses raisons. D'autre part, ces rapports entre la police et la domanialité allaient se trouver compliqués par l'existence de pouvoirs inhérents à toutes les catégories de biens; rapports compliqués, mais aussi parfois antagonistes dans bien des cas.

C'est de ce vaste ensemble de relations que nous avons essayé de rendre compte. Il s'agissait de l'une des théories les plus attrayantes et les plus élaborées de notre droit administratif dont, pourtant, cet aspect particulier n'avait jamais été abordé de front. Sur bien des points, les auteurs que nous avons cités n'ont pas émis les opinions que nous rapportons en forme achevée : le plus souvent il s'agit de passages mineurs dans leurs œuvres, ainsi, par exemple, de presque tout ce qui concerne la police de la conservation. Néanmoins, il paraissait possible de dégager quelques lignes directrices à partir desquelles nous avons essayé une systématisation et une clarification qui nous ont conduit à proposer cette théorie de l'unité et de la prédominance du pouvoir de police. Cette théorie nous paraît présenter l'avantage d'être simple et souple, en même temps que juridiquement fondée.

Mais peut-être n'est-ce pas dans la simplicité que réside la vérité juridique ?

Vu,
Le président de la thèse :
Pierre LAVIGNE.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg :
Alex WEILL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Strasbourg :
Maurice BAYEN.

Bibliographie

I. — OUVRAGES DIVERS

(Manuels, traités, etc., ouvrages spécialisés.)

ALIBERT (Raphaël) : « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », Payot, 1926, 391 pages.

ALLARD (René) : « Le droit administratif du domaine public et de la voirie », Editions Eyrolles, 1961, XIV, 242 pages (Collection des Cours de l'Ecole chez soi).

AUCOC (Léon) : « Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole des Ponts et Chaussées », 3 tomes, 3e éd., 1885-86.

BEAUCOUR (Fernand) : « Les appareils distributeurs de carburants. Les stations-service et les voies publiques » (chez l'auteur, Paris, 1956, 329 pages).

— « Recueil général de textes concernant les appareils distributeurs carburants » (chez l'auteur, 71, rue du Moulin-des-Prés, Paris-13e), 1964, 349 pages.

BERTHÉLEMY (Henri) : « Traité élémentaire de droit administratif », 13e éd., 1933. Cf. aussi le supplément à la 13e éd. : « Cinq ans de réformes administratives (1933-38) », par BERTHÉLEMY (Henri) et RIVERO (Jean), 1938, 308 pages.

BERTRAND (Paul) : « Manuel pratique de la voirie urbaine. Publications administratives - Guides de l'administration locale », Paris, 1961, XIX, 1181 pages.

BLOCK (Maurice) : « Dictionnaire de l'Administration française », 2 tomes, 5e éd., Paris, 1905. Supplément (1907), par E. MAGUÉRO.

BONNARD (Roger) : « Précis de droit administratif », 1940, 3e éd., 795 pages.

BURDEAU (Georges) : « Les libertés publiques », 2e éd., Paris 1961, L.G.D.J.

CAULLET (Marc) : « Cours de police administrative et judiciaire », Sirey 1955, 16e éd., 808 pages.

DEMENTHON (Henri) : « Traité du domaine de l'Etat », 4e et 5e éd. (1953), 500 pages, supplément ronéoté, 1958, 6e éd., Dalloz 1964, 544 pages.

DUCROCQ (Th.) : « Cours de droit administratif et de législation française des Finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public », 7e éd., 7 volumes (1897-1905) (cf. surtout le tome 4).

DUGUIT (Léon) : « Traité de droit constitutionnel », 3e éd., T. 3.

DUEZ (Paul) et DEBEYRE (Guy) : « Traité de droit administratif », 1952, 984 pages (mise à jour 1954).

HAURIOU (Maurice) : « La gestion administrative - Etude théorique de droit administratif », Paris 1899, IV-95 pages.

— « Précis de droit administratif et de droit public », cf. essentiellement les 5e, 7e et 11e éd.

Jansse (Lucien) : « Les traits principaux du régime des biens du domaine public », Paris 1938, III-380 pages (préface de A. Mestre).

Jèze (Gaston) : « Les principes généraux du droit administratif », 3e éd., 6 tomes, 1925-1936 (cf. surtout le tome 3).

Laferrière (Edouard) : « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », 2 tomes, 2e éd., 1896.

Laubadère (André de) : « Traité élémentaire de droit administratif », T. 1 et 2, 3e éd., 1962-63, L.G.D.J.

Lechalas (Georges) : « Manuel de droit administratif », T. 2, 394 pages, Paris, 1898.

Maguéro (Edouard) : « Dictionnaire des domaines », 2e éd., Paris, 1911, VIII-1031 pages.

Marchal (Jean) : « Cours d'économie politique », T. I, 3e éd., 1956, 947 pages.

Maroger (Gilbert) : « L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs », Sirey, 1942, XVI-611 pages (préface de M. R. Capitant).

Monsarrat (Gaston) : « Les voies urbaines publiques et privées », Paris, 1924, XXXII-464 pages.

Moreau (Félix) : « Manuel de droit administratif », Paris, 1909, 1268 pages.

Proudhon (Victor) : « Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public », 5 volumes, 1833-34.

Récy (René de) : « Traité du domaine public », 2 tomes, (2e éd.), 1894 (ce traité constitue l'article Domaine public au Répertoire Béquet).

Rivero (Jean) : « Droit administratif », 2e éd., Dalloz 1962, 463 pages.

Rodière (René) : « Droit des transports (transports ferroviaires, routiers, aériens et par batellerie) », Sirey, 1953-55, T. 1, 425 pages.

Singer (Jean) : « Le maire et ses pouvoirs de police », Sirey 1960, 584 pages (Collection l'administration départementale et communale).

Vedel (Georges) : « Droit administratif », P.U.F., coll. Thémis, 1re éd., 1958, 2 volumes.

Vecting (W.-G.) : « Domaine public et *res extra commercium*. Etude historique du droit romain, français et néerlandais », Sirey 1950, XIII-293 pages, préface de M. R. Pelloux.

Waline (Marcel) : « Droit administratif », 2e éd., 1939, XI-715 pages ; 8e éd., 1959, 8-XI-932 pages.

Watrin (Germain) : « La police de la circulation sur les voies publiques », Sirey, 1935, 227 pages. (Collection les Cahiers administratifs.)

II. — THESES

Akkan (Kuttbettin) : « Les infractions à la police de la circulation », Thèse, doct. univ., Paris 1954, V-207 pages.

Arbus (Auguste) : « Concessions dans les cimetières - Etude pratique et théorique d'un cas spécial où se combinent les règles du droit administratif et celles du droit civil », Thèse, Paris 1924, 148 pages.

Arnaud (Henri) : « De la légalité des règlements sur la police de la circulation routière », Thèse, Paris 1926, 100 pages.

Aubry (Victor) : « Etude sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir », Thèse, Nancy 1920, 95 pages.

Bahuet (André) : « Le détournement de pouvoir », Thèse, Paris, 1912, 177 pages.

BARATOUX (Jean) : « De la délimitation du domaine public maritime et fluvial », Thèse, Paris, 1902, XIII-200 pages.

BEAUCOUR (Fernand) : « Le régime juridique des distributeurs de carburants sur la voie publique », Thèse, Paris, 1954, 242-X pages (dactylographiée).

BELIN (Jean) : « Recherches sur la notion d'utilité publique en droit administratif français », Thèse, Paris, 1933, 299 pages.

BERNARD (Jean) : « De l'utilisation du domaine public maritime. Etablissements de pêche et location de plages », Thèse, Paris, 1930, VIII-220 pages.

BERNARD (Louis) : « Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du domaine public », Thèse, Aix-Marseille, 1910, 246 pages.

BERNARD (Paul) : « La notion d'ordre public en droit administratif », Thèse, Montpellier, 1959. « Bibliothèque de Droit public », T. XLII, III-291 pages (préface G. Péquignot).

BERTOUT (Constant) : « Le domaine militaire - Etude de législation, de jurisprudence et de pratique administrative », Thèse, Paris, 1909, XXIV-869 pages.

BESSE-LAGRAVE (Louis) : « De la compétence administrative et judiciaire en matière domaniale », Thèse, Poitiers, 1924, 156 pages.

BETTINGER (Raymond) : « La situation juridique du concessionnaire de transports en commun à l'égard de la concurrence - Etude de jurisprudence », Thèse, Paris, 1933, 277 pages.

BEURDELEY (Marcel) : « Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration », Thèse, Paris, 1928, 188 pages.

BIDAUX (Georges) : « Des servitudes et charges imposées aux riverains des rues de Paris », Thèse, Paris, 1907, 583 pages.

BINET TARBE DE VAUXCLAIRS (Jacques) : « De la permission de voirie comme mode de distribution d'énergie électrique », Thèse, Poitiers, 1937, 170 pages.

BLAEVOET (Charles) : « Des recours juridictionnels contre les mesures de police », Thèse, Paris, 1908, 246 pages.

BLONDEAU (Ange) : « La concession de service public », Etude d'histoire de droit administratif », Thèse, Grenoble, 1929, 259 pages.

BONNARD (Roger) : « Les contraventions de grande voirie », Thèse, Bordeaux, 1904, 238 pages.

BRUN (Pierre) : « Inventaire des arrêts du Conseil du Roi du 7 novembre au 6 décembre 1775 et aspects de la voirie en France dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle », Thèse, Paris, 1955, XXIX-261 pages (dactylographiée).

CASTAGNÉ (Jean) : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », Thèse, Bordeaux, 1961. « Bibliothèque de Droit public », T. LVII, 216 pages (préface de M. Auby).

CHEVALLIER (J.-Jacques) : « La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie », Thèse, Nancy, 1925, 146 pages.

COQUET (Etienne) : « Le domaine public colonial », Thèse, Poitiers, 1905, XIV-183 pages.

COUTELAN (Jean) : « Le détournement du pouvoir de police dans l'intérêt financier de l'administration », Thèse, Paris, 1947, 425 pages (dactylogr.).

CRAMBES (Paul) : « La police de la route et la circulation des automobiles », Thèse, Toulouse, 1930, 167 pages.

DREVET (Louis) : « L'expropriation du domaine public », Thèse, Toulouse, 1923, 151 pages.

DUBOIS (Marcel) : « Les concessions d'endigage et de créments futurs. Applications à la ville de St-Malo et à ses environs », Thèse, Rennes, 1940, 167 pages.

DUBOUIS (Louis) : « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », Thèse, Poitiers, 1960. « Bibliothèque de droit public », T. 45 (1962), 472 pages (préface de M. E. Desgranges).

DUCHE de BRICOURT (Jacques) : « Les mutations domaniales entre la S.N.C.F. et les administrations publiques. Les procédés. Leurs conséquences », Thèse, Rennes, 1947, 192 pages, dactylogr.

DUPRAT (Robert) : « Le régime et la nature juridiques des entreprises routières de transports en commun ». Thèse, Bordeaux, 1956, 308 pages, dactylogr.

DUVERGER (Maurice) : « L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics. Etude théorique et pratique », Thèse, Bordeaux, 1940, 424 pages.

FARJAT (Gérard) : « L'ordre public économique », Thèse, Dijon, 1961. « Bibliothèque de droit privé », T. 37, 543 pages.

FRIANT (M.) : « Du retrait des concessions temporaires sur le domaine public », Thèse, Poitiers, 1916, VII-104 pages.

GAUTIER (Jean) : « Nos bibliothèques publiques. - Leur situation légale », Thèse, Poitiers, 1902, XVI-192 pages.

GENOUX (Léon) : « De la police et des contraventions de grande voirie sur les routes nationales et départementales », Thèse, Paris, 1907, 218 pages.

GERVAIS (André) : « Le retrait des autorisations d'occupation privative du domaine public », Thèse, Montpellier, 1942, 203 pages.

GILBERT (Marcel) : « Du régime administratif et fiscal des distributeurs automatiques d'essence ». Thèse, Paris, 1934, 116 pages.

GIUDICELLI (Pierre) : « Les contraventions de grande voirie », Thèse, Paris, 1957, 140-17 pages (dactylographiée).

GOYARD (Claude) : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Thèse, Montpellier, 1959, Montchrestien, 1962, XXV-549 pages, préface de M. G. Péquignot.

GRIVELLE (Prosper) : « De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion », Thèse, Paris, 1901, 132 pages.

GUILLE (Edmond) : « L'alignement des voies publiques et privées », Thèse, Paris, 1938, 188 pages.

GUILLOUARD (Jean) : « Notion juridique des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives », Thèse, Caen, 1903, XVI-316 pages.

HANNEQUIN (Pierre) : « Le domaine public en Alsace-Lorraine. Etude sur la législation domaniale locale et l'influence des doctrines allemandes sur une institution française », Thèse, Strasbourg, 1920, 135 pages.

HUET-GUYARD (Jeanne-Marie) : « La distinction du domaine public et du domaine privé », Thèse, Paris, 1939, 159 pages.

KERLEVÉO (Jean) : « Le régime juridique des églises affectées au culte catholique », Thèse, Nancy, 1951, VII-225 pages (dactylographiée).

KOECHLIN (H.-François) : « Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830 (Etude de jurisprudence) », Thèse, Paris, 1948, Editions Rousseau, 1950, X-351 pages, préface de M. Pierre Lampué.

LAFERRIÈRE (Julien) : « Le droit de propriété et le pouvoir de police », Thèse, Paris, 1908, 240 pages.

LAISNE (Lucien) : « Etude du régime des permissions de voirie », Thèse, Caen, 1938, XII-154 pages.

LANCELIN (Jean) : « La police de la navigation dans les ports maritimes de commerce », Thèse, Paris, 1954, 225 pages (dactylogr.).

LANDOUSY (Jean) : « La liberté du commerce et de l'industrie et la police locale », Thèse, Paris, 1934, 268 pages.

LARIVIÈRE (André) : « Les concessions d'occupation temporaire du domaine public national », Thèse, Lille, 1954, 190-IV pages (dactylographiée).

LAUBADÈRE (André de) : « L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques », Thèse, Bordeaux, 1935, 379 pages.

LE MASNE (Ludovic) : « Occupations temporaires du domaine public », Thèse, Grenoble, 1900, 173 pages.

LENEVEU (Charles) : « De la réglementation de la circulation sur les routes », Thèse, Paris, 1916, XII-126 pages.

LENOIR (Yves) : « La part de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs », Thèse, Paris, 1964, 258-7 pages (ronéo).

LEPINTE (Henri) : « Des occupations du domaine public », Thèse, Paris, 1899, 90 pages.

LEQUIEN (Elisabeth) : « Le stationnement sur la voirie terrestre », Thèse, Lille, 1935, 254 pages.

LEROY (Michel) : « Le concours des polices générales et des polices spéciales », Thèse, Lille, 1938, 134 pages.

LE TARNEC (Alain) : « Le contentieux des contrats comportant occupation du domaine public », Thèse, Paris, 1944, 129-III pages (dactylographiée).

MALAURIE (Philippe) : « L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.) », Thèse, Paris, 1951, Editions Matot-Braine, 1953, T. 1, XXIV-278 pages.

MARSALÈS (Edmond) : « Des contraventions de grande voirie et assimilées », Thèse, Paris, 1906, 396 pages.

MARTRES (Jean-Louis) : « Statuts des occupations professionnelles de la voirie terrestre », Mémoire Dès, Droit public, Bordeaux, 1960, 2 volumes, 280 pages (dactylographié).

MARTRES (Jean-Louis) : « Caractères généraux de la police économique », Thèse, Bordeaux, 1964, 4 volumes : 144 - 163 - 183 - 213 pages (ronéo).

MAURIER (Michel) : « Recherches sur la notion d'ordre public et les tendances nouvelles en matière d'aménagement de l'Etat », Thèse, Paris, 1946, 184 pages (dactylogr.).

MODERNE (Frank) : « Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français », Thèse, Bordeaux, 1960, 4 tomes, 617 pages en tout (ronéo).

MONTEIL (Maurice) : « Formation et évolution de la notion de domanialité publique », Thèse, Paris, 1902, XI-358 pages.

MOTET (Paul) : « Des contraventions de grande voirie en matière fluviale », Thèse, Paris, 1899, 183 pages.

OTTOZ (Jérôme) : « Le stationnement des véhicules sur la voie publique (Etude de jurisprudence) », Thèse, Paris, 1933, 150 pages.

PAPANICOLAIDIS (Démètre) : « Introduction générale à la théorie de la police administrative », Thèse, Univ. Paris, 1958, Edit. L.G.D.J. 1960, 102 pages, préface de M. Charles Eisenmann.

PASSEZ (Claude) : « Les permissions de voirie », Thèse, Paris, 1938, 228 pages.

PELLET (Louis) : « Des rapports entre personnes administratives et services techniques en droit routier », Thèse, Bordeaux, 1954, 143 pages.

PELLOUX (Robert) : « La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit », Thèse, Grenoble, 1932, XII-324 pages.

PERRINJAQUET (Jean) : « De la responsabilité des communes en matière de police », Thèse, Bordeaux, 1905, 224 pages.

PERROT (Roger) : « De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques », Thèse, Paris, 1947, Sirey, 1952, XVI-215 pages, préface de M. Le Balle.

PHILIBERT (J.) : « Le but et les motifs dans l'acte administratif », Thèse, Bordeaux, 1931, 148 pages.

PRADIGNAC (Paul) : « Les utilisations privatives du domaine public maritime. Les concessions de plages », Thèse, Aix, 1949, 332 pages (dactylographiée).

PROMSY (François) : « Essai d'une théorie générale des autorisations administratives », Thèse, Paris, 1923, 111 pages.

RAYNAUD (Jean) : « Le détournement de procédure », Thèse, Paris, 1950, 180 pages.

REGRAY (Paul) : « Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible », Thèse, Paris, 1900, 374 pages.

RIGAUD (Louis) : « La théorie des droits réels administratifs », Thèse, Toulouse, 1914, 360 pages.

RIPERT (Francis) : « La liberté du commerce et le pouvoir de police du maire », Thèse, Aix, 1936, 184 pages.

ROUSSET (Michel) : « L'idée de puissance publique en droit administratif », Thèse, Grenoble 1959, Dalloz 1960, 271 pages, préface de M. André Mathiot.

SALMON (Georges) : « La consistance du domaine public maritime français », Thèse, Rennes, 1956, 306 pages (ronéo).

SCHNECKENBURGER (Maurice) : « Le régime juridique des voies privées », Thèse, Paris, 1937, 255 pages.

SÉGUR (Louis) : « Des permissions de voirie », Thèse, Bordeaux, 1912, 320 pages.

TEITGEN (Paul-Henri) : « La police municipale - Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884 », Thèse, Nancy, 1934, XXIV-519 pages.

TROTABAS (Louis) : « De l'utilisation du domaine public par les particuliers (Essai de classification juridique) », Thèse, Paris, 1924, VIII-147 pages.

VANDORPE (Françoise) : « L'occupation privative du domaine public des chemins de fer », Thèse, Lille, 1960, 300 pages (ronéo).

VIEL (François) : « De l'emploi de l'action possessoire à l'occasion des dépendances du domaine public », Thèse, Toulouse, 1907, 135 pages.

VINCENT (François) : « Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives », Thèse, Rennes, 1964, 391 pages (ronéo).

WALINE (Marcel) : « Les mutations domaniales (Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs », Thèse, Paris, 1925, 204 pages.

WELTER (Henri) : « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative », Thèse, Nancy, 1929, IX-513 pages.

III. — ARTICLES, NOTES, CHRONIQUES ET CONCLUSIONS

(N.B. — Seules les notes et les conclusions les plus importantes sont citées ici, les autres sont citées dans le corps même de l'étude, au fur et à mesure.)

ALIBERT (Raphaël) : Note sous « Cie des tramways de Sète », 7 décembre 1928, S. 1930.3.1.

ANDRIEUX : Conclusions du commissaire du gouvernement Andrieux sur « Beaumont et Meley », deux espèces, C.E. 11 juillet 1934, S. 1934.3.33.

ASTIMA (Jean) : « Contrats comportant occupation du domaine public et problèmes de compétence », J.C.P. 1957.1.1390.

AUBY (J.-Marie) : « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », Chron. D. 1952.III.

— « Les contrats comportant occupation du domaine public », Chron. D. 1953.99.

— « Le caractère administratif des concessions funéraires », R.P.D.A. 1956, pp. 65-67.

— Note sous « Ville de Royan c/ Dame Oger », C.E. 20 janvier 1956, A.J. 1956.II.87, n° 68.

— « Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration » (E.D.C.E. 1958, pp. 35-57).

— « La réglementation administrative du stationnement des véhicules automobiles sur les voies publiques », Chron. XV, D. 1962.83.

— « Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public », *in* Mélanges Laborde-Lacoste, pp. 11-29.

BARCKHAUSEN (Henri) : « Etude sur la théorie générale du domaine public », R.D.P. 1902, pp. 401-446, 1903, pp. 31-69.

BASTID (Paul) : « Les aisances de voirie, Etude de doctrine et de jurisprudence », R.D.P. 1930, pp. 609-669.

BÉQUIGNON (Charlotte) : « Le décret du 28 décembre 1926 réalisant l'unification des compétences en matière de police de la circulation et de la conservation des voies publiques », Lois Nouvelles, 1928, pp. 62-69.

BERTHÉLEMY (Henri) : « Communes et gaziers », Revue politique et parlementaire, 1917, pp. 32-49.

BLAEVOET (Charles) : Note sous « Sté le Centre Electrique », 30 novembre 1928 et « Sté des Autobus Antibois », 29 janvier 1932, D.P. 1932.3.60.

BORNECQUE-WINANDY (Edouard) : « Nouvelle conception de la structure et de la protection du domaine public », R.D.P. 1953, pp. 68-105.

CAPITANT (René) : Note sous « Commune de Barran », C.E. 17 février 1932, D.P. 1933.3.49.

CATHELINEAU (Jean) : Note au D. 1963.575 sous Trib. Adm. de Bordeaux « Froment », du 17 octobre 1962.

CHARLIER (Robert) : « Les contrats comportant occupation du domaine public », J.C.P. 1943.I.372.

CHENOT (Bernard) : Conclusions sur « Cie Maritime de l'Afrique Orientale », du 5 mai 1944, pp. 241-245.

CLAVEL (E.) : « Voies privées et circulation publique », J.C.P. 1964.I.1845.

COSTA (Jean-Louis) : « Le stationnement des véhicules en droit pénal », Chron. XVI, D. 1964, pp. 101-108.

DESCHEEMAEKER (Jacques) : « Les redevances pour prises d'eau de mer », Cahiers de docum. juridiques de l'Electricité et du Gaz de France, 1950, pp. 2-5.

DETTON : Conclusions du commissaire du gouvernement Detton sur « Dulaurens-Pretecille », C.E. 3 juin 1932, D.P. 1932.3.55.

DRAGO (Roland) : Chronique générale de législation. A.J. 1964.84 (loi du 28 novembre 1963), A.J. 1965.21 (loi du 16 décembre 1964).

DUCLOS (Pierre) : Note au D.P. 1934.3.18 sous « Delle Taillandier », C.E. 6 mai 1932 (4 espèces).

DUEZ (Paul) : « Police et esthétique de la rue », Chron. D.H. 1927.17.

DURAND (Claude) : « Désaffectation et déclassement des biens du domaine public », R.D.P. 1956, pp. 233-273.

FÉLIX (Maurice) : « Permissions de voirie et permis de stationnements », La Vie Communale, 1949, pp. 245-249, 1950, pp. 7-11.

GANDOLFI (A.) : « Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir », J.C.P. 1964-1835.

GARDIES (Jean) : « La fixation des redevances pour occupations du domaine public », A.J. éd. Travaux, 1953, 392-396, 455-462.

GEORGEL (Jacques) : « Notre dépouille mortelle. Les cimetières : étude de jurisprudence », A.J.-D.A. 1963, 607-620.

GULDNER (Erwin) : Conclusions sur « Sté Nationale d'Editions cinématographiques », C.E. 20 décembre 1957, S. 1958.73.

HENRY : Conclusions du commissaire du gouvernement Henry sur « Berthier », 22 avril 1960, R.D.P. 1960, pp. 1222-1230.
— Conclusions sur « Dumons », 6 mars 1964, A.J. 1965, p. 27.

C.J. : Note sous Trib. Grande Instance de Strasbourg, réf. 1er mars 1962, A.J. Prop. Immobilière, 1962.II.587.

ISKROW (N. Karadgé) : « Nature juridique des choses publiques », (Etude de droit comparé), R.D.P. 1930, pp. 670-679.

JÈZE (Gaston) : Note sous « Sté des automobiles Brasier », C.E. 15 avril 1910, R.D.P. 1910, pp. 695-712.
— Note sous « Chevillard et autres », Cour d'Assises de la Creuse, 29 avril 1910, R.D.P. 1911, pp. 307-315.
— Note sous « Jellinek-Mercedes », C.E. 7 février 1912, R.D.P. 1912, pp. 727-743.
— Note sous « Poincloux », 14 mai 1915, R.D.P. 1915, pp. 463-477.
— « Théorie générale des motifs déterminants », R.D.P. 1922, p. 377.

P.-L. J. : Note au D.P. 1930.3.5 sous « Bonneton », C.E. 8 mars 1929 et « Sté de constructions et d'embranchements industriels », C.E. 22 mars 1929.
— Note au D.P. 1933.3.33 sous « Ramel », 16 juin 1933, « Planche », 23 juin 1933.

JURET (P.-M.) : Commentaire de la loi n° 63-1178 du 28 novembre 1963, D. 1964.L. 69.

KOVAR (Robert) : « La légalité des « concessions » exclusives d'affichage sur le domaine public », J.C.P. 1964.1841.

H.L. : Note sous Cass. Civ., 1re section du 27 décembre 1963, « Dame Vve A. Valenti », A.J. 1964.II.240.

P.L. : Note sous « Ville de Sarreguemines », C.E. 19 juin 1931, S. 1932.3.25.
— Note sous « Sté des Autobus Antibois » et « Delle Taillandier », S. 1932.3.65.

LAROQUE (Pierre) : Note sous « Ramel », 16 juin 1933, S. 33.3.133.

LATOURNERIE (Roger) : Conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie sur « Sté des Autobus Antibois », R.D.P. 1932, pp. 506-510.
— Conclusions sur « Marecar », C.E. 28 juin 1935, R.D.P. 1935, p. 590.

LAUBADÈRE (André de) : « Les concessions dans les cimetières », R.D.P. 1936, pp. 611-624.
— « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », R.D.P. 1950, pp. 5-28.
— Note sous « Sté Shell-Berre et autres », C.E. 19 juin 1964, A.J. 1964.438.

LAVIGNE (Pierre) : « La légalité des concessions exclusives d'affichage sur des palissades privées implantées sur le domaine public », Chronique, D. 1962, XXXIII, pp. 199-202.

LAURENT : Conclusions du commissaire du gouvernement Laurent sur « Sté Desaveines » (1re esp.) et « Sté des Tuileries, Perrusson et Desfontaines », du 16 novembre 1956, R.P.D.A. 1957, p. 1.

LETOURNEUR (M.) : Note sous « Fédération parisienne du bâtiment », C.E. 20 octobre 1950, S. 1951.3.13.

LONG (Marceau) : Conclusions du commissaire du gouvernement Marceau Long sur « Ville de Nice », C.E. 20 avril 1956, R.D.P. 1956, pp. 575-582.

LUDWIG (Robert) : « Les ouvrages hydro-électriques et la sauvegarde des intérêts piscicoles », C.J.G.E.F. 1953, pp. 357-363, 429-437.

M.M. : Note sous « Cie générale des Eaux », C.E. 30 octobre 1942, D.C. 1943.63.

Marchal (Jean) : « Nature et contenu de l'économie financière », R.S.L.F. 1940.46, p. 162.

Mejean (François) : « La réglementation de la circulation des véhicules sur les voies publiques urbaines », Revue administrative, 1961, pp. 379-387, pp. 498-507.

Mestre (Achille) : Note sous Cour d'appel de Toulouse, 26 novembre 1908, S. 1909.II.209.

— Note sous « Bonneton », 8 mars 1929, S. 1929.3.41.

— Note sous « Ligue pour la défense du commerce parisien », 11 décembre 1931, S. 1933.3.57.

— « La révocation des permissions de voirie », Revue des Concessions, n° 1, 1923 (tiré à part).

Mignon (Maxime) : « Essai d'une résolution de la complexité juridique des concessions de terrain dans les cimetières », Chron. D. XXV, 1950, pp. 109-116.

Monsarrat (Gaston) : Note sous « Syndicat Général des Transports publics automobiles de France », 29 juillet 1921 et 3 autres espèces : D.P. 1928.3.45.

— Note sous « Sté des transports en commun de la région toulousaine », 1er mars 1929, D.P. 1929.3.29.

— Note sous « Cristini et Galeries Lafayette », D.P. 1937.I.43.

Moreau (Jacques) : « Police administrative et judiciaire. Recherche d'un critère de distinction », A.J. 1963, p. 68.

— « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », A.J. 1965, pp. 3-17.

H.P. : « La circulation sur les chemins de halage et le droit de propriété des riverains », A.J. 1956, pp. 106-110.

Questiaux (Mme Nicole) : Conclusions sur C.E. 19 juin 1964, « Sté Shell-Berre », R.D.P. 1964.1027.

Pollet (Roger) : « Le calcul des redevances pour occupations temporaires du domaine public national », R.P.D.A. 1956, n° 5, pp. VII-VIII.

Reymond (François) : « Le domaine public mobilier », R.D.P. 1960, pp. 59-65.

Rivero (Jean) : « Action économique de l'Etat et évolution administrative », Revue économique, 1962, pp. 886-896.

Rivet (Paul) : Conclusions du commissaire du gouvernement Rivet sur « Laurens », 18 mai 1928, R.D.P. 1928, pp. 517-525.

— Sur « Ligue pour la défense du commerce parisien », 11 décembre 1931, R.D.P. 1932, pp. 336-341.

— Sur « Planche », 23 juin 1933, R.D.P. 1934, pp. 268-280.

Roques (Pierre) : « La redevance due pour utilisation privative des voies publiques », R.D.P. 1934, pp. 35-69.

Romieu (Lucien) : Conclusions sur « Goret », 6 juin 1902, Rec. p. 420.

Rousseau (Charles) : « Le régime juridique de la circulation », R.D.P. 1932, pp. 399-440.

Rousselier (Henri) : Conclusions du commissaire du gouvernement Rousselier sur « Taillandier », D.P. 1934.3.21.

Rouyer-Hameray (Bernard) : Note sous « Sté les éditions du Fleuve Noir », 3 janvier 1958, D. 1958.570.

Saleilles (Raymond) : « La loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un caractère historique et artistique. Des questions de domanialité dans leur application aux objets mobiliers », Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, n° 1891, pp. 695-738.

— « Questions de jurisprudence », Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, n° 3, 1893, p. 293.

— « Le domaine public à Rome et son application en matière artistique », Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1888, pp. 497-575, 1889, pp. 457-515.

Sandevoir (Pierre) : « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », A.J.-D.A. 1966, pp. 84-103.

Savatier (René) : « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », Chron. XXII, D. 1961, p. 117.
— « L'ordre public économique », Chron. VI, D. 1965, p. 37.

Singer (Jean) : « La réforme de la voirie communale et ses conséquences pour les particuliers », A.J. 1960.I.69.

Siorat (Lucien) : « La notion d'affectation en matière domaniale », R.D.P. 1958, pp. 866-917.

Tallon (Denis) : « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais » (Mélanges Savatier, 1965, pp. 883-891).

Vedel (Georges) : Note sous Trib. Grande Instance de Strasbourg, réf. 1er mars 1962, J.C.P. 1962.12643.

Vergnaud (Pierre) : « Vers un élargissement de la notion de domanialité publique », A.J. 1960.I.140.

Vignes (Claude-Henri) : « Les autoroutes », Chron. D. 1960.85.

Waline (Marcel) : Note sous « Ville d'Avallon c/ consorts Lepoux », Cour d'appel de Paris, 15 mai 1933, D.P. 1934.2.101.
— Note sous « Etat français c/ Brun », Cour d'appel de Nîmes, 4-12-1944, D. 1946-28.
— Note sous « Cie maritime de l'Afrique Orientale », Rec. Penant, 1947.I.101.
— Note sous « Commune de St-Brévin-les-Pins », 3 mai 1963, R.D.P. 1963, pp. 1174-1186.

Watrin (Germain) : « Quelques rapports entre les notions de Police, Domaine public et Service public », R.D.P. 1936, pp. 147-182.

Weil (Prosper) : Note sous « Ville de Nice », 20 octobre 1956, A.J. 1956.J.257.

Wolzendorff (Kurt) : « Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht (Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechts) », Archiv für öffentliches Recht 1909, T. 24, pp. 325-393.

Table des matières

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE DES CONCEPTS DE BASE : DOMANIALITE PUBLIQUE ET POLICE ADMINISTRATIVE

TITRE PREMIER

LE DOMAINE PUBLIC 7

CHAPITRE PREMIER — *A la recherche d'une définition du domaine public* .. 7

Section 1. — L'absence de définition légale du domaine public 8

§ 1. Les carences du législateur 8

§ 2. Le texte de la Commission de réforme du Code civil 10

§ 3. Le Code du domaine de l'Etat 11

Section 2. — Tentatives doctrinales de systématisation 13

§ 1. Les principales théories du domaine public 14

§ 2. Critique de la théorie dominante (théorie de l'affectation) 16

CHAPITRE II. — *Notion juridique de la domanialité publique* 19

Section 1. — Les critères d'une domanialité publique minimale 19

§ 1. L'hypothèse de départ 19

§ 2. Domanialité publique et détermination législative 20

§ 3. Nature et fonction du domaine public 23

Section 2. — Du droit de l'administration sur le domaine public 27

§ 1. Les données du problème 27

§ 2. Problèmes de terminologie 29

§ 3. L'ambiguïté de la notion de propriété du domaine public 30

TITRE II

LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE (Eléments) 35

§ 1. La définition de la police administrative 36
§ 2. La caractéristique fondamentale de la police administrative : l'adaptabilité 40
§ 3. Fonction de la police administrative 42

DEUXIÈME PARTIE

COMBINAISON DES CONCEPTS : SITUATION DE LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

Paragraphe préliminaire : *Essai de recensement et de clarification du vocabulaire* 48

TITRE PREMIER

MISE EN CAUSE DE LA NOTION DE POLICE DE LA CONSERVATION 57

CHAPITRE PREMIER. — *Présentation « traditionnelle » de la police de la conservation du domaine public* 58
Section 1. — L'apparition de l'idée d'une police de la conservation 59
§ 1. Aperçu général sur l'évolution de l'idée 59
§ 2. L'apparition progressive des éléments composant la police de la conservation 62
Section 2. — La police de la conservation dans la doctrine 64
§ 1. La notion de police de la conservation chez J. Laferrière 65
§ 2. L'idée de police de la conservation chez M. Teitgen 68
§ 3. La police de la conservation chez M. de Laubadère 72
§ 4. La police de la conservation chez L. Jansse 75
§ 5. La police de la conservation chez Maroger 79
§ 6. Essais de dépassement de la notion de police de la conservation 81
Section 3. — La police de la conservation en droit positif 86
§ 1. La police de la conservation dans la législation 87
§ 2. La conservation comme but de police 92
a) L'usure anormale des routes 92
b) L'exercice par l'autorité municipale de la « police de conservation » 93
c) Le mystère de l'arrêt « Ramel » du 16 juin 1933 96
§ 3. De la police de la conservation à la gestion domaniale et aux « pouvoirs domaniaux » 99
a) Les suites de l'arrêt « Ramel » 99
b) Réglementation et conservation 101

CHAPITRE II. — *Critique de l'idée d'une police de la conservation* 103

Section 1. — Critique des éléments fondamentaux de la police de la conservation 103
§ 1. Domanialité publique, grande voirie et conservation 104
a) Bref aperçu du régime répressif de la grande voirie 104
b) Les deux sens de la notion de grande voirie 105
c) Domanialité publique et grande voirie 107
§ 2. Propriété du domaine et police de la conservation 109
a) L'incompatibilité de l'idée de police et de l'idée de propriété. 110
b) Application au problème de la protection du domaine (essentiellement à travers Wolzendorff) 112
Section 2. — Décomposition de la police de la conservation et analyse critique 115
§ 1. Analyse critique de la police de la conservation (chez M. de Laubadère) 115
a) La protection pénale du domaine public 115
b) Distinction des polices par le but : la grande voirie 117
§ 2. De la conservation du domaine et de la police générale de l'ordre public sur le domaine public 120
a) L'adaptabilité du pouvoir de police et la conservation 120
b) Les voies privées ouvertes à la circulation 121
c) Limites de l'intérêt de la conservation 123
d) Distinction du contentieux et des compétences 124

TITRE II

POUVOIRS DE POLICE ET DE GESTION SUR LE DOMAINE PUBLIC 127

CHAPITRE PREMIER. — *L'idée de gestion et le domaine public* 128
Section 1. — L'activité administrative de gestion 128
§ 1. La distinction des actes d'autorité et des actes de gestion 128
a) L'analyse de E. Laferrière 129
b) L'analyse de M. Koechlin 131
c) Vers la fin de la théorie 132
§ 2. La gestion chez Hauriou 133
a) Le point de départ 134
b) Le progrès de la gestion 134
c) Gestion publique, gestion privée et puissance publique 135
d) La juridicité de la gestion 135
Section 2. — L'extension de l'idée de gestion au domaine public 137
§ 1. La période classique du XIX^e^ siècle et la gestion du domaine public. 137
a) La redevance 137
b) Le régime de l'octroi et du retrait des permissions de voirie 139
§ 2. La première période de crise ou les aspects domaniaux de la querelle du gaz et de l'électricité et leurs limites 140
a) Les faits 140
b) Les conclusions de Romieu sous « Goret » 141
c) Le sens de cette jurisprudence 142

§ 3. La deuxième période de crise : l'entre-deux-guerres et le régime général de l'utilisation du domaine public 143
a) Les analyses théoriques 144
b) La jurisprudence sur les permissions de voirie autres que les transports : le mystère de l'arrêt « Taillandier » 146
c) La notion d'intérêt général dans l'utilisation du domaine public. 149
§ 4. Les transports en commun et le régime de l'usage du domaine public. 151
a) La jurisprudence du XIX[e] siècle 151
b) La jurisprudence « Sté des Autobus Antibois » et le problème des transports 153
c) Les limites de cette jurisprudence 154

CHAPITRE II. — *Vers la généralisation de l'idée de gestion sur le domaine public* 159
Section 1. — L'évolution de la jurisprudence vers l'idée de gestion 160
§ 1. Les dernières hésitations 160
a) L'arrêt « Cie Générale des Eaux » du 30 octobre 1942 161
b) L'arrêt « Cie Maritime de l'Afrique Orientale » 162
c) Les suites de l'arrêt « Cie Maritime de l'Afrique Orientale » 166
d) La dernière série d'arrêts 168
§ 2. L'adoption définitive de l'idée de gestion du domaine public. (L'arrêt « Sté Nationale d'Editions cinématographiques du 20-12-1957). 171
a) Analyse des conclusions du commissaire du gouvernement E. Guldner 173
b) Portée et signification de l'arrêt du 20 décembre 1957 176
Section 2. — La doctrine et la généralisation de l'idée de gestion du domaine public 182
§ 1. Les premières réactions doctrinales (avant 1945) 183
a) L'acte de gestion chez M. de Laubadère 183
b) La gestion chez M. Teitgen 185
c) La gestion du domaine chez M. Watrin 188
d) La gestion du domaine chez M. Jansse 191
§ 2. La doctrine après 1945 195
a) M. Auby 196
b) Les réactions doctrinales autour du problème de l'affichage concédé à titre exclusif et la doctrine 197
c) Autres réactions autour de quelques arrêts récents 199

TROISIÈME PARTIE

VERS UNE THEORIE GENERALE DE LA POLICE DU DOMAINE PUBLIC

TITRE PREMIER

LA PREDOMINANCE DU POUVOIR DE POLICE SUR LE DOMAINE PUBLIC 211

Paragraphe préliminaire : *Position du problème* 211

a) La définition du domaine public 212
b) La propriété du domaine public 214
c) Police et conservation 215
d) Police et gestion 215

CHAPITRE PREMIER. — *La prédominance du pouvoir de police sur le domaine public : point de vue nécessaire* 217
Section 1. — L'unité de but : l'ordre public 217
§ 1. Ordre public et intérêt général 218
a) Rapports entre intérêt général et ordre public 220
b) L'intérêt général sur le domaine public 222
§ 2. Ordre public et ordre public économique 226
a) L'ordre public économique en droit privé 226
b) L'ordre public économique en droit public 227
c) Critique de la notion d'ordre public économique 229
§ 3. Ordre public, conservation et gestion 232
Section 2. — L'unité de technique : la police 234
§ 1. L'impossibilité de la dualité de technique pour un but unique 234
a) Position du problème 234
b) La dualité est-elle admissible dans la technique juridique 236
c) L'arrêt « Sté Nationale d'Editions cinématographiques » et la dualité de technique pour un but unique 238
§ 2. La nécessité du pouvoir de police 240

CHAPITRE II. — *La prédominance du pouvoir de police : point de vue suffisant* 245
Paragraphe préliminaire : *Le pouvoir de police et les contrats comportant occupation du domaine public* 246
Section 1. — Les implications économiques 252
§ 1. Les implications économiques des solutions juridiques 252
§ 2. Les implications juridiques des solutions économiques 254
Section 2. — L'adaptabilité de la police du domaine public aux régimes juridico-économiques 257
§ 1. L'insertion du domaine public dans les régimes économiques 258
§ 2. La prédominance du pouvoir de police dans le cadre libéral 259
§ 3. La prédominance du pouvoir de police dans le cadre interventionniste. 260
a) Examen d'un cas pratique : les distributeurs d'essence 262
b) Application à d'autres secteurs 264
§ 4. Le cadre dirigiste et la prédominance du pouvoir de police sur le domaine public 266

TITRE II

POUVOIR DE POLICE
ET ADMINISTRATION DU DOMAINE PUBLIC 271

CHAPITRE PREMIER. — *Pouvoirs domaniaux et pouvoirs de police* 272
§ 1. Vocabulaire juridique et vocabulaire technique 273
§ 2. Le rôle des pouvoirs « domaniaux » 274

CHAPITRE II. — *Application de la théorie de la police du domaine public à deux exemples tirés de la pratique* 277

§ 1. Le problème de la redevance et de son mode de calcul 277

§ 2. Le problème de la légalité des concessions exclusives d'affichage sur les palissades privées implantées sur le domaine public et la théorie de la police du domaine public 280

CONCLUSION 285

BIBLIOGRAPHIE 289

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1100
Dépôt légal : 3e Trimestre 1966

Printed
in
France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 186 12-7-66